INDICE - SOMMARIO

Premessa

PARTE PRIMA

LA NOZIONE DEGLI ENTI SOGGETTI
NELLA DOTTRINA DUALSTA E MONISTA

CAPITOLO PRIMO

IL PROBLEMA DELLA NOZIONE DEGLI ENTI SOGGETTI

1. La natura complessa degli enti soggetti e i problemi che ne derivano. La base sociale
2. Ente soggetto e soggettività nelle persone «semplici» e «complesse»
3. Il problema della nozione degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale come problema distinto da quello della soggettività. Critica dell'atteggiamento della dottrina al riguardo

CAPITOLO SECONDO

I,A NOZIONE DOMINANTE DEGLI ENTI SOGGETTI
E IL PROBLEMA DELLA SUA VERIFICA

1. Tendenza generale della dottrina a identificare gli enti soggetti con le persone giuridiche corrispondenti agli Stati ed agli altri enti assimilati dal punto di vista dei rispettivi ordinamenti
2. Dubbi circa l'esattezza della nozione dominante dualista e monista: sia riguardo alla possibilità di concepire gli enti soggetti come persone giuridiche
3. ... sia riguardo alla possibilità d'identificarli con gli Stati
4. Opportunità del riesame dell'intero problema. Criteri e piano dell'indagine

PARTE SECONDA

IL CONCETTO DI PERSONA GIURIDICA
E LA NOZIONE DEGLI ENTI SOGGETTI

CAPITOLO PRIMO

LA PERSONA GIURIDICA

Sezione I. - I.- LA CONCEZIONE DOMINANTE

1. Dubbi sulla fondatezza della concezione dominante della p. g. Piano dell'indagine

Sezione II. - L ESSENZA E LA FUNZIONE
DELLA PERSONA GIURIDICA

§ I. - *Ente e soggettività giuridica nella teoria degli enti morali*

2. Confusione dominante fra i due termini del problema e conseguenze che ne derivano. Necessità di accertare innanzi tutto la natura del c.d. sostrato della p. g. e del suo rapporto con l'ente

§ II. - *L'ente soggetto come centro artificiale (giuridico) d'imputazione*

3. Teorie giuridiche e teorie extragiuridiche dell'ente soggetto
4. Difetti d'impostazione di entrambe e specialmente delle teorie organiche e dell'ente reale. Critica di quest'ultime sul piano generale e con particolare riguardo alla nascita, alle modificazioni ed all'estinzione della p. g.
5. *A*) La costituzione delle p g. private e pubbliche come fenomeno giuridico
6. *B*) Conferma della natura giuridica del fenomeno nei casi di modificazioni di struttura e di crisi delle p. g.
7. *C*) Natura giuridica dell'estinzione e dei mutamenti dell'ente e dei fenomeni connessi

8. La persona giuridica come centro meramente giuridico d'imputazione
9. Sostanziale concordanza di questa conclusione con le concezioni giuridiche degli enti morali. Limiti di tale concordanza specie in tema di personalità dei gruppi di fatto

§ III. - *La soggettività della persona giuridica come titolarità strumentale di diritti e doveri*

10. Natura strumentale della soggettività degli enti morali e funzione dello statuto. Sostanziale concordanza con le teorie giuridiche e suoi limiti

Sezione III. - PERSONE GIURIDICHE, PERSONE REALI E BASE SOCIALE DELL'ORDINAMENTO

11. Distinzione fra enti soggetti reali e giuridici. Persone reali e base sociale dell'ordinamento

Sezione IV. - LA PERSONA GIURIDICA DELLO STATO (DIR. INTERNO)

12. Caratteri peculiari del problema rispetto a quello delle persone giuridiche inferiori
13. Evoluzione dottrinale. Dati che se ne desumono agli effetti della concezione dello Stato-persona come entità giuridica
14. Dimostrazione di questa concezione

Sezione V - GLI AGENTI DELLE PERSONE GIURIDICHE INFERIORI E DELLO STATO (DIR. INTERNO)

15. Considerazioni generali. Difetto d'impostazione del problema nella dottrina
16. Fatto proprio e altrui nella teoria dell'imputazione. Elementi che oscurano questa distinzione nella dottrina: *a)* l'alterazione del concetto della rappresentanza; *b*) la c.d. responsabilità per fatto «altrui»; *c*) la c.d. imputazione giuridica di atti
17. Carattere «indiretto» della partecipazione attiva delle persone giuridiche al commercio giuridico. Alterazione del fenomeno da parte delle teorie organicistiche dominanti
18. Teorie organiche radicali e moderate: critica
19. Teorie dell'ufficio: critica e deduzione degli elementi positivi
20. Teoria dell'organizzazione della p. g. come «fatto storico»: critica
21. Natura giuridica del rapporto fra p. g. ed agenti. Similarità e differenze rispetto alla rappresentanza. Rinvio

CAPITOLO SECONDO

I TERMINI DEL CONFRONTO

Sezione I. - GLI ELEMENTI PRESCELTI

1. Rinuncia al confronto sulla base del postulato monista o dualista
2. Elementi di confronto prescelti

Sezione II. - IL PROCEDIMENTO FORMATIVO-ESTINTIVO E L'ESSENZA REALE DEGLI ENTI SOGGETTI

3. Significato del requisito dell'organizzazione effettiva dell'ente soggetto e dell'inesistenza di criteri di legittimità internazionale degli Stati al confronto con i fenomeni apparentemente paralleli di diritto interno
4. *A*) Confronto con la nascita e l'estinzione delle p. g. inferiori
5. *B*) ... e con la nascita e l'estinzione della p. g. dello Stato dal punto di vista del diritto interno

6. Conseguenze dei dati accertati agli effetti della nozione ricercata e atteggiamenti contrari della dottrina monista e dualista
7. La teoria monista della nascita-estinzione dello Stato nel senso del diritto internazionale (Kelsen)
8. *A*) Petizione di principio da cui essa muove
9. *B*) Contenuto tautologico della pretesa norma di legittimazione dello Stato. - *In nota*: del principio dell'effettività
10. *C*) Carattere ipotetico della norma
11. Teoria del Verdross, del Kunz e del Guggenheim. Critica
12. Ambiguità e deviazioni della dottrina dualista
13. Ambiguità derivanti dalla imperfetta nozione di persona giuridica utilizzata
14. ... e dal malinteso accostamento tra il fatto della nascita dell'ente soggetto di diritto internazionale e l'origine di fatto dello Stato e del suo ordinamento
15. La teoria della legittimazione internazionale dello Stato-soggetto mediante rinvio al diritto interno
16. Interpretazioni ingiustificate del dato negativo accertato, sulla base del «principio dell'effettività»

Sezione III. - GL'INDIVIDUI MEMBRI DEGLI ENTI-SOGGETTI

§ I. - *Gl'individui membri delle p. g. e degli enti in esame dal punto di vista dell'ordinamento superiore*

17. Gl'individui nelle persone giuridiche private e pubbliche e negli enti soggetti dell'ordinamento internazionale. Necessità del riesame delle dottrine affermative della soggettività internazionale degl'individui

§ II. - *Soggettività mediata, soggettività da accordo e soggettività da diritto internazionale non scritto*

18. Critica della teoria della soggettività mediata
19. Ragioni della debolezza della teoria negativa
20. La pretesa soggettività individuale da accordo: insufficienza degli argomenti in senso contrario della dottrina negativa
2l. Difetto fondamentale della concezione pubblicistica dell'accordo
22. La portata strettamente privatistica-interstatuale dell'accordo come conseguenza del difetto di legittimazione internazionale degli Stati
23. Conseguenze che ne derivano in tema di soggettività individuale da accordo o da «ordinamenti speciali» costituiti mediante accordo
24. La soggettività da diritto non scritto (*delicta juris. gentium*)
25. Soggettività internazionale d'individui-potentati e soggettività degl'individui-sudditi: Ragioni d'ordine tecnico che escludono la soggettività internazionale nel secondo caso
26 Impossibilità di considerare le figure in questione come elementi dimostrativi della tendenza del diritto internazionale «verso l'umanità» e presupposti dell'esistenza della soggettività indiretta e da accordo

§ III. - *Il significato dei dati tecnici accertati e la prassi*

27. La conclusione negativa sul piano tecnico e le dottrine evoluzionistiche dominanti. Le c.d. «sfumature» di soggettività ed i pretesi «interessi legittimi» internazionali d'individui

28. Destinatarietà individuale delle norme costituzionali di diritto interno
29. Le figure più importanti di norme internazionali riguardanti individui e i termini del problema nelle tre o due ipotesi alle quali si riducono
30. α) Situazioni internazionali-statali; ß) situazioni internazionali risolventisi nell'ambito di ordinamenti non statuali («organi di funzioni») e γ) loro possibili combinazioni: impossibilità di riscontrare nelle prime delle sfumature di soggettività internazionale e di ricondurre le seconde entro la figura dell'«interesse legittimo»
31. Prassi dei tribunali interni e degli organi arbitrali internazionali

Sezione IV. - I MEZZI D'AZIONE GIURIDICAMENTE RILEVANTE DEGLI ENTI SOGGETTI (GLI ORGANI)

§ I. - *I dati essenzialissimi del fenomeno*

32. Dati generici sulla natura dei mezzi d'azione giuridicamente rilevante degli enti soggetti
33. Dati specifici e loro significato. Irrilevanza dei fatti di agenti che non realizzano gli estremi del fatto dello Stato
34. Carattere materiale del rapporto fra gli agenti e l'ente
35. Duplice snaturamento dei dati specifici da parte della dottrina: giuridicizzazione dell'organizzazione degli enti soggetti e alterazione dei dati di teoria generale del fenomeno

§ II. - La *giuridicizzazione dell'organizzazione di fatto degli enti soggetti nella dottrina dominante*

36. Teoria della rappresentanza. Critica
37. La teoria del Triepel, dell'Anzilotti e del Perassi
38. Critica: *A*) Incongruenza derivante dal difetto di soggettività degli agenti
39. *Contintra: B*) Incongruenza derivante dalla comune ammissione della passività dell'ordinamento internazionale nei confronti dell'organizzazione degli Stati. Impossibilità di superare l'ostacolo con la teoria della c. d. «libertà di auto-organizzazione» degli Stati
40. *Continia: C*) Inettitudine della formula del rinvio fisso o «variabile» al diritto interno e delle formule alternative a far salva la giuridicità dell'organizzazione
41. Teorie moniste dell'organizzazione giuridica degli enti soggetti. Inettitudine delle formule da esse proposte. a) La « regola dell'effettività» e *b*) La formula della «responsabilità indiretta» per i fatti di organi inferiori o d'individui
42. Teoria del Marinoni e dell'Ago. Elementi positivi e negativi

§ III. - *L'alterazione dominante dei termini di teoria generale del fenomeno*

43. Le teorie organiche degli enti morali e il concetto d'imputazione giuridica di fatti: conseguenze negative che ne derivano per l'impostazione del problema dell'attività degli enti in esame

§ IV - *Il significato dei dati accertati e la costruzione del fenomeno nel caso degli agenti diplomatici e dei comandanti militari*

44. L'attività giuridicamente rilevante degli enti in esame come attività organicamente diretta
45. Caratteristiche principali del fenomeno rispetto a quello dell'attività giuridicamente rilevante delle persone fisiche e giuridiche

46. I termini del fenomeno nei casi di preteso intervento diretto dell'ordinamento internazionale nell'organizzazione degli Stati (agenti diplomatici e comandanti militari)

CAPITOLO TERZO

GLI ENTI SOGGETTI PRIMARI COME PERSONE REALI

§ I - *La conclusione del confronto e la nozione dei soggetti in esame come enti reali dati*

1. Significato di ciascuno degli elementi raccolti e della loro combinazione

§ II. - *Lo Stato del diritto interno e l'ente soggetto di diritto internazionale come entità distinte e diverse*

2. La dottrina dualista dello Stato nel senso del diritto interno e la dottrina monista dello Stato nel senso dei diritto internazionale e le loro insufficienze

3. Superamento di entrambe nella distinzione fra lo *Stato*-ente giuridico del diritto interno e l'ente reale elevato a soggetto dal diritto internazionale

§ III. - *La nozione degli enti soggetti immediati come persone reali e la teoria generale dell'ordinamento*

4. Natura «giuridicamente semplice» degli enti soggetti diretti, base sociale dell'ordinamento internazionale e rapporto fra diritto internazionale ed interno

5. La natura giuridicamente semplice degli enti soggetti diretti, la concezione privatistica del diritto internazionale e la teoria delle fonti, dell'origine e dell'evoluzione dell'ordinamento

§ IV. - *La nozione raggiunta e la teoria dei soggetti*

6. Capacità giuridica e capacità di agire

7. Il problema dell'individuazione dell'ente reale e l'indagine successiva. Rinvio

Indice-sonmario

P R E M E S S A

Le monografie dedicate ai soggetti del diritto internazionale vi occupano generalmente delle condizioni della soggettività giuridica e del procedimento con il quale essa è attribuita dall'ordinamento. Si occupano, in una parola, d ella determinazione d ei soggetti. Nel presente lavoro, invece - come forse non appare dal brutto titolo -, diamo senz'altro per risolto il problema della determinazione della qualità di soggetti, almeno per gli Stati e gli altri gruppi politici (Santa Sede, insorti, comitati nozionali, governi in esilio), e ci occupiamo esclusivamente della natura giuridica, della composizione e delle vicende degli enti stessi *pei quali il problema della soggettività si pone. Il solo problema di soggettività in senso stretto che venga in considerazione diretta è quello della posizione dell'individuo nel diritto internazionale, ed anche questo soltanto come problema pregiudiziale rispetto alla nozione dei gruppi soggetti primari. Se l'espressione non fosse estremamente equivoca ed assai impegnativa, diremmo che cerchiamo una teoria dello* «Stato nel senso del diritto internazionale».

Le ragioni che ci hanno indotti a porci il problema da questo punto di vista insolito potranno esser chiare solo nel corso della trattazione. Come si vedrà, esse si ricollegano non soltanto al problema specifico della soggettività internazionale e dei suoi innumerevoli addentellati diretti - problemi che a nostro avviso non possono essere risolti se non sulla base d'una nozione esatta degli enti della cui soggettività e delle cui vicende si discute -, ma anche alla teoria generale dell'ordinamento internazionale: dal problema del rapporto fra diritto internazionale e interno a quello dei limiti di efficacia dell'accordo ed alla teoria di certe situazioni giuridiche soggettive. Ed è in considerazione dei suoi riflessi più generali che abbiamo cercato di evitare di svolgere il tema dal solo punto di vista dualista o monista, in modo da poter trarre dalla nostra indagine degli argomenti a sostegno dell'una o dell'altra concezione dell'ordinamento internazionale.

Sia agli effetti di teoria generale sia agli effetti specifici della teoria dei soggetti, il nocciolo del problema è per noi la questione se gli enti soggetti di base dell'ordinamento internazionale coincidano con le istituzioni giuridiche *corrispondenti agli Stati del diritto interno o costituiscano, invece, qualcosa di molto diverso. E si vedrà che la soluzione più conforme alla realtà ed alla prassi considerata si trova partendo da quella nozione più strettamente normativa dello Stato e degli enti morali del diritto interno, che la dottrina italiana non accetta e che il Kelsen ha a nostro avviso il solo torto di dimostrare in maniera inadeguata e di estendere a forza allo* Stato nel senso del diritto internazionale. *Il che giustifica, ci pare, l'*excursus *di un internazionalista nella teoria generale della persona giuridica.*

PARTE PRIMA
LA NOZIONE DEGLI ENTI SOGGETTI NELLA DOTTRINA DUALISTA E MONISTA

CAPITOLO I
IL PROBLEMA DELLA NOZIONE DEGLI ENTI SOGGETTI

SOMMARIO: 1. La natura complessa degli enti soggetti e i problemi che ne derivano. La base sociale. - 2. Ente soggetto e soggettività nelle persone «semplici» e «complesse». - 3. Il problema della nozione degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale come problema distinto da quello della soggettività. Critica dell'atteggiamento della dottrina al riguardo.

1.- Il problema che si pone a chi studia l'aspetto soggettivo dei fenomeni giuridici internazionali nei contorni ch'è venuto assumendo attraverso l'elaborazione dottrinale è notevolmente più complesso del problema parallelo di diritto interno sotto vari aspetti. La maggior parte dei tratti differenziali sono ovvi, come ne sono ovvie le cause, che risiedono in altrettante caratteristiche peculiari della società e dell'ordinamento. Ve n'è uno, però, che riveste un'importanza in un certo senso primordiale per la soluzione dei vari problemi di soggettività e dei loro addentellati, e sul quale generalmente non si soffermano di proposito le trattazioni dedicate all'argomento. Esso è costituito dalla circostanza che all'internazionalista manca quel punto di partenza che è dato al civilista dalla chiara e immediata percezione della «base sociale» dell'ordinamento e della natura «semplice» degli enti che ne fanno parte. E per «base sociale» intendiamo - checché ne pensino i teorici «realisti» e organicisti delle persone giuridiche - gli enti che fanno parte a titolo originario della società nell'ambito della quale l'ordinamento sorge ed agisce, ad esclusione dei c d. «enti composti», che si costituiscono ed operano in funzione strumentale rispetto all'attività ed agli interessi dei membri della società e che sono disciplinati dal diritto nella struttura e nel funzionamento.

I problemi di soggettività nel diritto interno si pongono in primissimo luogo e senza alcuna possibilità di dubbio per una massa di esseri umani corrispondenti ad entità fisico-psichiche ben determinate, tipiche e non scomponibili, che costituiscono i membri originari della società e quindi la base sociale sulla quale l'ordinamento fondamentalmente opera.

È da questo punto ben fermo che il teorico civilista prende le mosse per considerare prima la soggettività degli esseri umani stessi, poi quella degli «enti artificiali» via via più complessi che si costituiscono in seno all'ordinamento, nella loro formazione, nella loro struttura e nelle loro vicende. L'internazionalista che studia il fenomeno della soggettività giuridica, invece, si trova di primo acchito dinnanzi ad una serie di enti socialmente complessi almeno apparentemente simili agli «enti composti» del diritto statuale, e per i quali si pongono una quantità di problemi di composizione, struttura, organizzazione, formazione, evoluzione ed estinzione che non si pongono - o non si pongono negli stessi termini - al civilista che studia la personalità degli enti soggetti primari delle comunità giuridiche statuali [1].

---

[1] Non è il caso di osservare che la differenza non sussisterebbe qualora s'interpretasse la realtà giuridica monisticamente. Senza entrare per ora nel merito e indipendentemente da qualsiasi scelta aprioristica, ben vero che per i monisti i soggetti «reali » sarebbero gl'individui. Sennonché gl'individui sono assunti a soggetti in via *indiretta* o *mediata,* la soggettività diretta non costituendo, per esplicita ammissione monista, che una eccezione. E la soggettività indiretta sarebbe *posterius* rispetto alla soggettività (o alla «legittimazione») degli Stati. Anche pei monisti dunque il problema della soggettività - o della legittimazione - si pone fondamentalmente per gli enti complessi corrispondenti

La conseguenza di questo tratto caratteristico degli enti che a torto o a ragione vengono presentati come i soggetti per eccellenza della comunità giuridica internazionale, è che lo studio del fenomeno e dei suoi vari addentellati presenta *in limine* tutta una serie di problemi che nel diritto interno si pongono solo in un momento logico successivo a quello dei problemi di soggettività di base. Nel diritto interno, lo studio della soggettività giuridica degli enti soggetti tipici della società interindividuale si riduce, in ultima analisi, all'osservazione del rapporto fra le norme del sistema e certi enti fisico-psichici la cui composizione, struttura, nascita, modificazione, estinzione ed i cui mezzi di azione giuridicamente rilevante sono dati per l'ordinamento: e dati in maniera tale che non si pone alcun problema *giuridico* o *materiale* riguardo al modo d'essere, di evolversi e di agire degli enti medesimi. Chi studia la soggettività internazionale si trova invece sin dal primo momento di fronte a delle entità rispetto alle quali il problema del rapporto con l'ordinamento non si può risolvere senz'altro - salvo che si proceda aprioristicamente - nel rapporto fra il sistema giuridico da una parte e ciascun ente dall'altra, ma investe inevitabilmente sia il rapporto fra il sistema giuridico e l'intera realtà sociale di cui ciascun ente appare costituito, sia la composizione, la struttura, l'evoluzione dell'ente che con quella realtà in tutto o in parte s'identifica. Si determina precisamente, oltre al problema di soggettività in senso stretto di ciascun ente (requisiti, procedimento attributo, «capacità giuridica», «capacita di agire», un intrico di problemi ulteriori (o anteriori?) strettamente collegati fra loro e con il primo.

A complicare il problema in questo senso basterebbe il fatto che gli «Stati» e gli altri soggetti «diretti» dell'ordinamento sono enti *socialmente* complessi, con la conseguenza che la loro realtà interna non è di per sé impenetrabile all'azione del diritto. Non sussiste pertanto una ragione *evidente* d'ordine materiale, che escluda che l'ordinamento internazionale qualifichi giuridicamente quella realtà in un modo o nell'altro. Problema ben grave, questo, se dalla sua soluzione dipende la concezione del diritto internazionale come ordinamento interindividuale dell'umanità oppure di una società sui *generis* costituita di entità diverse dagl'individui ma non giuridicamente composte. Che sono i veri termini della disputa fra monisti e dualisti, non sempre intesi appieno dai secondi [2]. Ma a parte questo problema generalissimo [3] la natura complessa degli enti determina una serie di problemi attinenti in modo specifico alla soggettività stessa. Innanzi tutto c'è il problema della soggettività degli individui che compongono la realtà sociale interna degli «Stati» e degli enti assimilati: problema che evidentemente non si può porre senz'altro come quello dei requisiti e del procedimento attributivo della eventuale soggettività ad enti completamente a sé stanti, separati e distinti dagli «Stati»[4].

In secondo luogo c'è il problema della nascita, delle modificazioni e dell'estinzione degli enti soggetti e della loro struttura. Trattandosi di enti socialmente complessi si presenta qui da un lato la questione di sapere se ed eventualmente in qual misura

---

più o meno esattamente agli «Stati ».

[2] V. spec. *infra*, Parte II spec. il Cap. III.

[3] ... la cui soluzione si riflette direttamente, come vedremo, sul problema delle fonti dell'ordinamento e specialmente sulla portata dell'accordo (*infra*, p. 275).

[4] Si dimenticherebbe che gli individui fanno parte della realtà sociale corrispondente *grosso modo* ai soggetti principali e che la questione della loro posizione nell'ordinamento è legata da un lato al punto di divergenza fra le due opposte costruzioni scientifiche dell'ordinamento ricordate e dall'altro alla natura e composizione dei gruppi soggetti.

l'ordinamento internazionale intervenga nel processo formativo-estintivo, nelle modificazioni di struttura e nell'organizzazione dei mezzi di azione degli enti; dall'altra la questione di sapere come in qualunque caso questi vengano giuridicamente o materialmente in essere si modifichino e si estinguano, e attraverso quali mezzi agiscano sul piano delle relazioni internazionali. Quest'ordine di problemi può forse apparire relativamente semplice quando si consideri l'ipotesi ormai accademica della formazione c. d. «originaria» di uno Stato in un ambito territoriale e personale amorfo e non collegato a nessun altro soggetto. Esso assume aspetti estremamente delicati, invece, quando si considerano quei fenomeni di dinamica della soggettività che si riconnettono alle crisi che - a causa della loro natura di enti socialmente complessi - si possono verificare nell'ambito di uno o più «Stati» soggetti dati, determinando la formazione di entità distinte ed eventualmente più complesse ed estinguendo o modificando l'ente o gli enti coinvolti nel processo. Nell'ambito di un singolo ente soggetto corrispondente *grosso modo* ad uno «Stato» si verifica, p. es., un fenomeno quale la rivoluzione, con le sue varie fasi della belligeranza, del governo di fatto locale e generale e dello smembramento. E nell'ambito di due o più enti soggetti - sempre in quanto enti complessi - si producono fenomeni quali l'«incorporazione» di un ente da parte di un altro e la «fusione» di più enti in un ente nuovo. A parte il nesso che tutti presentano con il problema della struttura dell'ente o degli enti dati in sé e per sé e dei loro mezzi d'azione giuridicamente rilevante (ed eventualmente con l'estinzione dell'ente), questi fenomeni determinano frequentemente la nascita di nuovi enti soggetti nell'ambito di quella stessa «materia sociale» - per il momento non meglio identificata - di cui sono costituiti o da cui scaturiscono in tutto o in parte gli enti dati. Il che determina a sua volta non solo il problema della soggettività dei nuovi enti in sé e per sé, ma anche il problema del rapporto fra l'ente o gli enti dati e l'ente o gli enti nuovi che sorgono. Problemi d'identità e di successione, questi, che presentano anch'essi aspetti *giuridici* e *materiali.* Presentano aspetti giuridici in quanto anche per la loro soluzione si pone la questione di sapere se l'ordinamento che si considera tenga un atteggiamento «attivo» o «passivo» nei confronti della realtà sociale interna degli enti. Ma presentano anche un aspetto «materiale», perché comunque si risolva il primo quesito resta sempre da sapere in quale rapporto si trovino la realtà sociale dell'eventuale o degli eventuali enti soggetti risultanti con la realtà sociale interna preesistente [5]. I fenomeni degli insorti, dei comitati nazionali, dei governi in esilio, dell'incorporazione, della fusione e via dicendo non si riducono alla mera questione se determinati enti siano o non siano muniti di dati requisiti. Il problema più grave è quello di sapere in che rapporto la loro soggettività si trovi con quella degli altri soggetti nell'ambito sociale dei quali certi rivolgimenti si sono prodotti [6].

---

[5] Nonché, nell'ipotesi che si siano costituiti più enti pei quali si ponga il quesito della soggettività, la realtà sociale interna di ognuno degli enti soggetti con quella degli altri (Parte III).

[6] Il problema degl'insorti, per es., non si risolve nella mera questione di sapere se il partito-governo insurrezionale sia munito del grado di organizzazione e «potere» effettivo che è necessario perché in un ente sia titolare di diritti e doveri internazionali. Quel che si tratta soprattutto di sapere è in che rapporto quel partito-governo si trovi con lo «Stato» soggetto di cui faceva parte. La questione che oggi si pone, per es., in connessone con la guerra civile cinese non è tanto quella di sapere se il partito-governo di Mao-tze e quello di Formosa siano soggetti. Come «Stato» o come partito-governo insurrezionale non si può certo dubitare che sian soggetti tutti e due. Il problema è quello di

Non è tutto qui se si considera che la soggettività è titolarità di situazioni relative a determinati *oggetti:* e che questi oggetti son collegati in un modo o nell'altro alla realtà sociale e materiale interna dei gruppi (sudditi, p. es., e territorio). Ciò pone un problema di distinzione fra realtà oggettiva e soggettiva che non si pone al civilista che studia il problema corrispondente di diritto interno. Ed è solo *dopo* tutto questo che si presenta infine all'internazionalista un problema che trova il suo parallelo nel diritto interno: quello delle «unioni di Stati» o «istituzioni» dell'ordinamento internazionale, *pendant* apparente delle persone giuridiche private o pubbliche del diritto interno. Almeno con questa variante essenziale però. Che mentre nel secondo caso siamo di fronte ad «enti composti» di *enti semplici,* nelle unioni internazionali il problema è in ogni caso quello dell'«organizzazione» di *enti socialmente complessi* [7].

Tutto questo fa di ogni questione di soggettività giuridica un *circulus nextricabilis* che ha come punto di passaggio obbligato e costante la nozione degli stessi enti soggetti principali ossia della «base sociale» dell'ordinamento. E poiché riteniamo che la nozione professata dalla dottrina non corrisponde alla realtà, vogliamo porci senz'altro il problema di questa nozione: che è il problema, per dirla con un termine improprio, dello «Stato nel senso del diritto internazionale» [8]. Ci occuperemo degli «Stati» e degli enti ad essi assimilati ad eccezione degli «enti composti» di Stati, che costituiscono un problema susseguente a quello della individuazione della base sociale dell'ordinamento [9].

2. - L'assunzione a oggetto di trattazione della nozione degli *enti* soggetti dell'ordinamento internazionale richiede alcuni chiarimenti preliminari. Bisogna stabilire in primo luogo se ed in che senso sia lecito parlare, rispetto a qualsiasi ordinamento, di un problema della nozione degli enti soggetti e in che rapporto questo problema si trovi con quello della soggettività giuridica in senso stretto e del suo procedimento attributivo. Poi occorre ancora esaminare la *vexata quaestio* della possibilità o meno di una nozione degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale dal punto di vista di questo stesso ordinamento.

Il primo punto da chiarire è una questione che si riporta alla teoria generale del fenomeno della soggettività giuridica, della cui nozione tecnica e dei cui requisiti non ci occupiamo *ex professo* [10].

---

sapere in che rapporto i due enti si trovino l'uno rispetto all'altro, nonché rispetto all'unità preesistente ed alla eventuale unità futura. E considerazioni analoghe valgono per la situazione della Germania (Parte III).

[7] È, questo uno dei tratti più problematici dell'«organizzazione internazionale», non tenuto forse nel debito conto dalla dottrina.

[8]

[9] Assumeremo dunque come risolta in senso affermativo la questione della soggettività degli Stati stessi e degli enti assimilati quali la Santa Sede, l'ordine di Malta gl'insorti, i Comitati nazionali e i Governi in esilio: lasciando aperta, naturalmente - dato che essa fa parte integrante del problema della nozione degli enti soggetti principali - la questione della soggettività internazionale degli individui e del rapporto fra la soggettività di ciascun ente rispetto a quella degli altri.

[10] Dato che avremo continuamente occasione di parlare di « soggettività» è bene però intendersi sul concetto una volta per tutte.

La tendenza più comune è d'intendere per soggettività l'«idoneità» giuridica *a divenire titolare* di diritti o doveri concepita come «status». Si allude in tal caso al possesso da parte dell'ente di una qualità giuridica (personalità, capacità giuridica) che lo abilita a divenire titolare di diritti e doveri. Si parla però di soggettività anche in senso concreto, con riferimento *all'effettiva titolarità* di diritti e doveri ed eventualmente di uno solo. Né mancano autori che usano il termine in tutti e due i sensi insieme. I civilisti usano il termine «personalità» nel primo senso e vi è chi parla di una «fattispecie» della soggettività giuridica e del soggetto a proposito della fattispecie della «norma» attributiva

Il motivo forse decisivo dell'atteggiamento implicitamente o esplicitamente

---

della personalità così intesa (v. per tutti FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, p. 39 ss.; SANTORO PASSARELLI,, *Istituz di dir. civ.*, Napoli, 1946 (3ª), p. 7 ss.). Un certo numero di autori invece - e specialmente internazionalisti -, reagiscono in varia misura alla tendenza tradizionale attribuendo al concetto di soggettività soltanto il secondo significato (ZICCARDI, *La costituzione dell'ordinamento internaz.*, Milano, 1943, p. 266 ss., spec. 269 e citaz. *ivi* (fra 1e quali AGO , *Lezioni;* inedite ma note anche a noi); VENTURINI, *Il riconosc. nel dir. internaz.*, Milano, 1946, p. 76; GIULIANO, *Consideraz. sulla costruz. dell'ordinam. internaz.,* vol. II delle *Comunicazioni e studi* dell'Istituto di dir. internaz. e stran. dell'Univ. di Milano, 1946, p. 207 ss. MORELLI, *Nozioni di dir. internaz.*, Padova, 1947, p. 113-15, 112; QUADRI, *Dir. internaz. pubbl.*, Palermo, 1949, p. 255-56; AGO, *Scienza giuridica re dir. internaz.*, Milano, 1950, p. 71 ss.; ma gia PERASSI, *Lezioni di dir. internaz.*, Roma, I, 1947 (rist. ed. '42), p. 43, 44, 54 ss.), non senza qualche commistione, tuttavia, fra i due concetti (p. es. MORELLI, *Nozioni* cit., p. 112).

In linea di teoria generale tutto sta ad intendersi sul significato di «norma», «fenomeno giuridico» e «fattispecie». Se con questi termini si vuol alludere rispettivamente solo alle valutazioni che determinano conseguenze *fina/i*, al determinarsi di queste conseguenze *finali* ed alle condizioni di fatto alle quali sono subordinate, di soggettività come fenomeno giuridico si può parlare soltanto nel secondo senso. Non sarebbe una norma quella che stabilisce a quali condizioni un ente e destinatario degli effetti delle valutazioni finali contenute in altre norme. Si tratterà di una preposizione integrativa di norme o fattispecie. Altrettanto evidente è che l'origine della prima concezione - e soprattutto l'idea della fattispecie giuridica» del «soggetto» (personalità, capacità) - sta nell'errore di prospettiva determinato dall'esistenza nei testi dei codici di proposizioni del tipo di quella dell'art. 1 cod. civ. it. (v. in proposito SPERDUTI *L'individuo nel dir. internaz.* (cit. dalle bozze), nota 14, al Cap. I).

È altrettanto evidente però, che il fatto che sia meno proprio parlare di una *norma attributiva* della qualità di soggetto non esclude una funzione della proposizione *ad hoc* relativa ai requisiti della soggettività. Il fatto che non si tratti di una norma completa, non esclude che l'art. cit., per es., contenga una proposizione giuridica ad effetti *giuridici*.

Queste considerazioni consentono di prendere posizione nei confronti delle due tesi che attualmente si dividono il campo della dottrina internazionalistica italiana. Contro la tesi della noma attributiva, sostenuta spec. dal FEDOZZI *Introduz. al dir. internaz*. ecc., vol. I del Trattato del Fedozzi e del Romano, Padova, 1938, p. 95 ss.; dal BALDONI, *Riconoscimento internaz. di Stati*, nel *Nuovo Dig. It.*, vol. Xl, p. 649 s.: dal BALLADORE PALLIERI, *Dir. internaz. pubbl.*, Milano, 1948, p. 77, è stata avanzata dal PERASSI dall'AGO, dallo ZICCARDI e dal GIULIANO, *op. ll. cit.*, e da attri, la tesi che agli effetti della determinazione dei soggetti dell'ordinamento internazionale occorre considerare le singole norme dell'ordinamento stesso (o la norma base) in quel!a parte di ciascuna che determina le condizioni soggettive del suo funzionamento.

È chiaro, dopo quanto si è detto, che in linea di teoria generale non si può non dar ragione alla seconda dottrina, specialmente se si considera che il diritto internazionale non scritto difficilmente potrebbe presentarsi nella realtà empirica sotto 1a stessa forma di proposizioni organiche e articolate in cui si presenta un codice. Non va dimenticato, d'a1tra parte, che la questione della soggettività giuridica resta una questione di diritto, da risolvere sulla base de1 contenuto di determinate proposizioni normative (*infra*, p. 294, in nota) comunque esse si trovino espresse nell'ordinamento considerato, salvo naturalmente a cercare i soggetti fra coloro che presumibilmente lo sono, e cioè i membri della società (Morelli, Giuliano). È probabilmente questo il senso e la ragione della vivace reazione del BALLADORE PALLIERI, *op. 1. cit*., alla teoria sopra ricordata. Ed è in questo senso che non si risolve nessuna questione di soggettività con il rilievo che i soggetti dell'ordinamento sono i membri della società (GIULIANO, *op. l. cit.*).

A parte quello che essa contiene di intuitivo, perché nessuno andrebbe a cercare i soggetti di diritto interno, per es., fra i tram o i monumenti nazionali - quantunque vi sia chi lo fa (*infra*, n. 291) - quest'affermazione potrebbe diventare un modo molto comodo per sfuggire alla difficoltà dl certi problemi. La questione della soggettività degl'individui, per es., non si risolve rilevando che la società internazionale è composta di Stati e che quindi solo gli Stati, in quanto suoi membri, sono i soggetti dell'ordinamento. Se si mettono le cose in questi termini, i monisti potranno continuare a credere di essere nel giusto, perché gli Stati sono composti d'individui. Ia questione va risolta considerando l'aspetto soggettivo delle singole norme e situazioni giuridiche di cui l'ordinamento è costituito nei «dover essere » che ciascuna di queste esprime, e prima di tutto l'atteggiamento dell'ordinamento internazionale nei confronti della realtà sociale interna degli Stati: che è il problema della nozione degli enti soggetti dal punto di vista dell'ordinamento internazionale. L'identificazione dei soggetti attraverso l'appartenenza alla società conduce a risultati presso che sicuri nelle società interne, a soggetti di base tipici e semplici. Nella società internazionale, a soggetti relativamente atipici e complessi, i risultati saranno sempre discutibi1i dal punto di vista di quel «dover essere» che è il contenuto del diritto fino a quando non si sia considerato l'ordinamento nelle sue proposizioni normative.

Tornando al nostro punto, noi parleremo dunque di soggettività come titolarità di diritti o doveri, ossia destinatarietà attiva-passiva di uno o più imperativi. Ciò è più che sufficiente ai fini presenti perché è ovvio che il fatto che uno o più enti siano titolari di una o più situazioni giuridiche soggettive necessariamente implica che essi siano in possesso delle qualità giuridiche «abilitanti»che di quella titolarità fossero eventualmente il «presupposto».

negativo della dottrina internazionalistica nei confronti del problema della nozione degli enti soggetti è a nostro avviso il fatto che sia la dottrina internazionalistica sia la teoria generale non hanno chiari gli esatti termini della distinzione fra il problema della soggettività in senso stretto e quello della nozione dell'ente soggetto, o meglio distinguono i due problemi al solo scopo di escludere il secondo dall'ambito dei loro interessi. Questo atteggiamento, che è tacitamente condiviso dalla larghissima maggioranza dei giuristi e trova, com'è noto, la sua espressione più tipica nella riduzione del fenomeno della soggettività giuridica al suo mero aspetto giuridico operata dalla dottrina «pura», è da un certo punto di vista più che legittimo. Da certi altri punti di vista, però - e il nostro caso ne è un esempio -, esso può portare ad inconvenienti seri.

Qualunque problema di soggettività giuridica - dico «problema», e non «problema *giuridico*» - presenta, quale che sia l'ordinamento considerato, due facce: una è *l'ente;* l'altra è la *soggettività giuridica:* in senso astratto (idoneità ad esser soggetto) o in senso concreto (titolarità di una o più situazioni giuridiche soggettive) [11]. *L'ente* viene in considerazione a due effetti. In primo luogo esso è il punto di riferimento della qualità di soggetto. In secondo luogo, in quanto è dal possesso da parte dell'ente di certi requisiti che il diritto fa dipendere la qualità di soggetto. Dei due termini, non vi è dubbio che il problema *giuridico* della soggettività sia quello della determinazione delle condizioni alle quali un ente diventa soggetto. L'ente in sé e per sé interessa questo problema soltanto nel senso che se non c'è l'ente non sono realizzate le condizioni o non è realizzata la condizione prima del fenomeno [12] Vi sono dei casi, però, nei quali è l'ente in sé e per sé che richiama l'attenzione dei giuristi ed anche di quelli più «puri».

Finché ci si mantiene nel campo della soggettività delle persone fisiche, non vi è dubbio che l'ente poco o nulla interessi la scienza giuridica [13]. La cosa cambia aspetto, però, quando dal novero degli enti-soggetti corrispondenti ad esseri umani si passa a considerare i gruppi-soggetti, gli enti-soggetti composti e le persone giuridiche [14]. E la differenza essenziale si riassume nella considerazione lapalissiana che mentre l'individuo

---

[11] V. la nota 9, p. l0 ss.

[12] Ciò non sembra giustifichi peraltro la tendenza - portata alle sue estreme conseguenze dal KELSEN, *Allgemeine Staatslehre,* Berlino, l925, p. 65; *Théorie générale du droit international public,* nel *Recueil des Cours de l'Acad. of de Droit internat. de la Haye,* 1932, IV, p. 142 ss., ed ora *General Theory of Law and State,* Harvard Univ. Press, 1946, p. 93 ss. - a ridurre il fenomeno in termini così «puri» da eliminare dalla sua trattazione ogni accenno a quelli che dopo tutto sono i centri di riferimento reali dei diritti e dei doveri. Il Kelsen, p. es., non vorrebbe nemmeno che si parlasse di «persona» nel senso di ente-soggetto perché la personalità in senso giuridico è solo un «fascio di norme», e l'individuo non è che una «fattispecie giuridica».Anche noi ci rendiamo conto della necessità di tener distinto il diritto e gli «effetti» giuridici dal fatto in genere e quindi dagli stessi enti nei confronti dei quali gli «effetti» sono disposti. Non vediamo tuttavia per quale motivo, una volta chiarita e accettata la distinzione tra diritto e fatto, non si debba descrivere il diritto nella sua *funzione* oltre che nella sua *essenza* e tenerlo così in contatto, come quando se ne considerano l*'origine* e gli effetti sociali, con il resto della realtà che pur non identificandosi con il fenomeno normativo ne costituisce la fonte e l'ambito d'azione. I teorici organicisti degli enti morali incorrono però nell'errore inverso, di porre senz'altro ogni «ente» cui faccia capo un fenomeno di soggettività nel novero delle «realtà» extragiuridiche. Che è un altro modo di negare il problema risolvendolo aprioristicamente (*infra*, p. 47, 54 ss.). Sulla concezione kelseniana, che sotto certi aspetti condividiamo, ritorneremo più avanti in tema di «imputazione» (*infra*, nota 172, p. 132 ss.).

Sul problema vedi gli sviluppi ed i riferimenti del FALZEA, *Il soggetto nel sistema* ecc. cit., p. 39-47, spec. 60 ss. con le vedute del quale non concordiamo però né in tema di «fattispecie soggettiva» (*supra*, nota 9 di questo capitolo), né soprattutto in tema di persone giuridiche e di organi (*infra*, Cap. I della Parte II).

[13] V. ESPOSITO, *Organo, ufficio* e *soggettività dell'ufficio,* Padova, 1932, p. 5 s.

[14] Uso deliberatamente più termini per lasciare per il movimento impregiudicata la nozione di ente morale.

fisico, costituendo una unità fisiologica, è impenetrabile all'azione del diritto, il «sostrato» sociale della persona giuridica è di regola suscettibile - quale che sia la posizione che occupa nel fenomeno - dell'azione normativa dell'ordinamento. Un'altra differenza, meno direttamente collegata con il diritto ma anch'essa importante, è che mentre l'individuo fisico costituisce una unità percepibile con i sensi, l'unità alla quale apparentemente fa capo la soggettività nel caso della persona giuridica si presenta essa stessa come un problema da risolvere. E c'è già quanto basta per porre il problema della nozione dell'ente [15]. Né è il caso d'insistere, dopo quanto s'è detto, sul fatto che, poiché nell'ordinamento internazionale la soggettività degli enti socialmente composti è la regola, il problema della soggettività *stricto sensu* è sempre affiancato da quello della nozione dell'ente [16].

Quanto al rapporto fra i due problemi abbiamo già detto più sopra che la distinzione è netta per quanto attiene alla qualità di soggetto da una parte e l'ente destinatario dall'altra. Assoluta è anche la possibilità di distinzione del problema della nozione dell'ente da quello del procedimento attributivo della soggettività, in un certo senso secondario rispetto alla determinazione delle condizioni di attribuzione. La nozione dell'ente si confonde, invece, con i requisiti della soggettività. Lasciando da parte la questione se le condizioni della soggettività costituiscano una fattispecie a sé stante o costituiscano invece, come a noi sembra più esatto, una parte delle singole fattispecie finali [17], è evidentemente difficile segnare una linea di demarcazione fra l'ente in quanto punto di riferimento di effetti giuridici e le condizioni d'ordine soggettivo alle quali il riferimento è subordinato. A difficile, p. es., separare la nozione dell'ente-soggetto di diritto internazionale da quel requisito primordiale dell'organizzazione indipendente d'un gruppo che s'identifica in sostanza, con il fatto dell'esistenza d'un ente munito d'una propria individualità rispetto ad altri.

Questo legame fra i due problemi, se rende evidentemente impossibile l'enumerazione dei requisiti della soggettività indipendentemente dalla considerazione

---

[15] Ciò vale in qualunque modo si concepisca la soggettività giuridica degli enti che abbiamo chiamato provvisoriamente «composti». Se la si considera vera e propria soggettività -soggettività finale si dovrà spiegare dove e che cosa sia l'ente (reale) al quale essa fa capo ed eventualmente quale rapporto vi sia fra il gruppo ed i suoi membri e agenti. Se la si considera come mero *procédé technique* per la soggettività d'individui, si dovrà spiegare che cosa sia e come funzioni lo strumento tecnico. In questo secondo caso anzi, il fatto stesso che si parli di «procédé technique» - e non potrà trattarsi che di un «procédé juridique» se serve di mezzo allo stesso ordinamento giuridico per conseguire certi fini - implica che siamo sempre nel campo dd diritto anche aldilà del fenomeno costituito dalla titolarità formale di diritti e doveri da parte di un *quid* non meglio identificato. Nel primo caso si presenta l'ovvia necessità di spiegare, almeno sul piano storico-sociale, che cosa sia e come sia materialmente o socialmente composta quell'unità reale che sarebbe l'ente-soggetto. In ogni caso sarà necessario domandarsi fino a che punto la realtà sociale interna dell'ente sia giuridicamente qualificata dall'ordinamento.

[16] Si è già detto che la stessa teoria generale dell'ordinamento internazionale presuppone la nozione esatta degli enti soggetti, tanto che la questione massima che si agita fra gl'internazionalisti - monismo o dualismo - si risolve, ad un certo punto, proprio nella questione di sapere che cosa esattamente siano gli enti soggetti, ossia come sia costituita la base sociale dell'ordinamento. Osserva il GHIRARDINI C., *La comunità internazionale e il suo diritto*, negli *Annali delle Università toscane*, Nuova serie, vol. IV, (XXXVIII), fascicolo 3, p. 73 in nota nota - dei pochi autori che, sia pure in via incidentale, mi sembra abbiano avvertito il problema sotto l'aspetto in parola -, che «Il problema della nozione e posizione degli Stati nell'ordinamento giuridico internazionale, che involve molte e grosse questioni teoriche e pratiche di diritto positivo e di teoria generale del diritto, è in realtà *tutto il problema* dell'ordinamento internazionale».

[17] V sopra, la nota 9, p. 10 ss. ed *infra*, p. 294 in nota.

dell'ente, non esclude però la possibilità di impostare e risolvere il problema della nozione dell'ente prescindendo dalla questione dei requisiti della soggettività. Resterà supporre dato il possesso di tutti questi requisiti da parte di un numero più o meno grande degli enti che agiscono sul piano internazionale, e considerare la struttura e le caratteristiche ch'essi presentano dal punto di vista ed agli effetti di diritto internazionale. Ma prima di intraprendere questa delicata indagine dobbiamo considerare l'atteggiamento della dottrina internazionalistica riguardo al problema. Questo atteggiamento, infatti, oltre e più che dalla difficoltà di distinguere fra la nozione dell'ente e quella del «soggetto», è determinato da una serie di equivoci che conducono la maggioranza della dottrina a ritenere impossibile o almeno superfluo porsi il problema della nozione degli enti soggetti *dal punto di vista dell'ordinamento internazionale.*

3. - La maggioranza della dottrina internazionalistica non si pone il problema individuato o non se lo pone dal punto di vista internazionalistico [18]. Ciò è vero sia per il periodo durante il quale è prevalsa la concezione patrimonialistica, sia per il periodo - successivo alla rivoluzione francese - della concezione moderna dello Stato; e sia per il periodo (durato sino alla fine del secolo scorso) in cui non si è fatta una distinzione netta fra diritto internazionale e diritto interno, sia nel periodo successivo all'affermarsi delle concezioni dualiste o pluraliste [19]. La sola eccezione è costituita dalla corrente monista moderna, che peraltro lega strettamente il riconoscimento dell'esistenza del problema ad una sua soluzione particolare [20].

Fino a quando è prevalsa nello stesso diritto interno la concezione patrimonialistica, a parte il fatto che a quel tempo gl'internazionalisti più che non rilevare la distinzione fra diritto internazionale e ordinamenti interni non avvertivano neppure l'esistenza di un problema del rapporto fra gli ordinamenti -, l'identificazione dello Stato del diritto interno e dello «Stato» del diritto internazionale, oltre ad implicare la confusione fra gli Stati del diritto interno e i soggetti dell'ordinamento internazionale (nel senso che non vi fossero altri soggetti al di fuori degli «Stati»), portava naturalmente a identificare il centro d'imputazione delle situazioni giuridiche facenti capo a quelle che oggi, dal punto di vista del diritto statuale, chiamiamo persone giuridiche Stati, con la persona fisica di quello che oggi chiameremmo, sempre dal punto di vista del diritto interno, il capo dello Stato [21].

Quando poi la concezione patrimonialistica è venuta gradualmente meno fino a scomparire quasi del tutto nella maggior parte degli ordinamenti interni, e si è rifatta innanzi la concezione classica unitaria dello Stato [22], la dottrina internazionalistica non ha fatto che mantenere lo stesso atteggiamento che aveva tenuto prima nei confronti della concezione dominante. Atteggiamento che è stato facilitato dal fatto che, mancando

---

[18] Essa si pone in modo più o meno autonomo solo il problema della soggettività in sé e per sé.

[19] Solo fino ad un certo punto fanno eccezione alla regola il GHIRARDINI, *La comunità internazionale e il suo diritto* ecc. cit. p. 72 80 (30-38 dell'estratto), spec. nota 1, p. 73 ss. e gli altri autori citati *infra*, nota 25, e che affermano resistenza del problema.

[20] *Infra*, p. 23 s.

[21] La concezione patrimonialistica, vale la pena di ricordarlo, trova espressione non solo nei trattati di Westphalia (che secondo una concezione che difficilmente si può condividere avrebbero segnato l'inizio, se non del diritto internazionale, almeno del diritto internazionale quale oggi è inteso dalla corrente dualista), ma ancora nei trattati di Vienna (V., per es., Klüber, *Droit des gens moderne de l'Europe*, cit. più avanti (p. 26), nota di OTT., p. 31).

[22] V. per questo sviluppo JELLINEK, *Aligemeine Staatslehre*, ediz. it. ORLANDO, I, p. 581 ss.

inizialmente del tutto una distinzione fra diritto internazionale e diritto interno, la dottrina internazionalistica non ha avuto bisogno di «recepire » passivamente dalla dottrina costituzionalistica la concezione dello Stato del diritto interno. Essa ha preso anzi parte attiva - infinitivamente più attiva di quella che vi prende oggi - alla costruzione della concezione dello Stato che i tempi richiedevano [23]. Era inevitabile, d'altra parte, che la concezione comune risultante fosse tale da soddisfare le esigenze teorico-pratiche tanto dal punto di vista internazionalistico quanto dal punto di vista statuale e soprattutto da quest'ultimo [24]. Non poteva non avvenire soprattutto, data la concezione unitaria da cui si partiva, che «Stato» ed «ente soggetto di diritto internazionale corrispondente allo Stato» fossero considerati senz'altro come sinonimi. Tutta l'evoluzione della concezione della dottrina di fronte al problema della natura e struttura interna degli enti soggetti - evoluzione della quale la concezione attualmente dominante è il risultato - appare come.il logico coerente sviluppo di questo atteggiamento iniziale.

Da quando, poi, la dottrina internazionalistica si è divisa - dopo il breve periodo di incontrastata affermazione della corrente dualista - sulla questione del rapporto fra diritto internazionale e diritto interno, il problema della nozione degli enti soggetti viene inteso in due modi diversi. Tanto i dualisti che i monisti partono dall'idea che gli enti dei cui rapporti l'ordinamento internazionale si occupa siano gli *Stati*. Quanto alla nozione di questi enti, però, secondo i dualisti essa sarebbe presupposta dal diritto internazionale e dovrebbe esserlo anche per la sua scienza [25]; secondo i monisti, invece, essa rientra nell'ambito del diritto internazionale e fra i compiti della sua scienza [26]. Due atteggiamenti che, pur trovando ciascuno in un certo senso la sua giustificazione logica nelle premesse da cui ciascuna corrente prende le mosse e pur contenendo ciascuno una parte del vero, sono entrambi inaccettabili nel significato negativo e positivo che

---

[23] L'atteggiamento dominante in quest'epoca è analogo a quello degli attuali monisti, e si riassume nell'idea della legittimazione degli Stati sulla base del diritto naturale e delle genti. *Infra*, p. 100.

[24] Sicché il fatto, per esempio, che l'identificazione che ne è risultata nell'epoca patrimonialistica della persona dello Stato con la persona fisica del principe fosse, come vedremo - anche a volerla giudicare sulla base dell'attuale concezione dualista del rapporto fra ordinamento internazionale e diritto interno -, meglio rispondente alla realtà giuridica internazionale di quel tempo di quanto la concezione attualmente dominante non sia rispondente alla realtà internazionale presente, più che un merito della dottrina internazionalistica del tempo è una pura coincidenza.

[25] Per alcune manifestazioni di questo atteggiamento negativo v. ROMANO S., *Corso di diritto internazionale*, Padova, 1924, p. 58 ss.; SRUPP K., *Règles générales du droit de la paix*, nel *Recueil*, cit., 1934, p. 423, 430; SPIROPOULOS, *Théorie générale de droit international public*, Parigi, p. 121, 122; QUADRI R., Voce *Stato (Diritto Internazionale)* nel *Nuovo Digesto Italiano*, p. 4 dell'estratto; OTTOLENGHI G., *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, Torino, 1947, p. 61 ss.

Per l'opinione contraria, che afferma la possibilità di una nozione dello «Stato»-soggetto dal punto di vista dell'ordinamento internazionale, v. fra i dualisti ZORN, *Grundzüge des Völterrechts*, Lipsia, 1903, p. 26; GHIRARDINI C., *La comunità internazionale e il suo diritto*, cit., p. 72 ss. (30 ss. dell'estr.); HOLD-FERNECK, *Lehrbuch des Völterrechts*, 1, p. 132; ZICCARDI, *La costituzione dell'ordinamento internazionale*, cit., p. 274, e altri riferimenti *ivi*. Ma l'atteggiamento prevalente è quello negativo implicito che si rivela nella soggezione generale al concetto di teoria generale dello Stato. Alla nozione dell'ente come problema distinto da quello della soggettività in senso stretto sembrerebbe alludere il MONACO R., *Manuale di diritto internazionale pubblico e privato*, Torino, 1949, p. 90 ma più chiaramente BALLADORE PALLIERI, *L'estinzione di fatto degli Stati nel dir. internaz*., Messina, 1932, p. 1 ss., che si avvicina però come vedremo alle posizioni moniste (*infra*, p. 231 ss.). Frequente è invece il riconoscimento dell'importanza della nozione dello Stato come presupposto della conoscenza del diritto internazionale. Cfr. p. es., HHELBORN, *System des Völkerrechts*, Berlino, 1896, p. 3.

[26] Per l'atteggiamento monista, v. specialmente gli aa. cit. alla nota 36, p. 23.

rispettivamente assumono agli effetti della posizione del nostro problema.

A) Per cominciare dall'atteggiamento negativo dei dualisti, il fattore principale che ha contribuito a determinarlo è proprio quel dato che dovrebbe indurre a porsi il problema dello «Stato»-soggetto in modo autonomo. Il fatto stesso che la nozione universalmente professata provenisse da una dottrina che aveva come tratto caratteristico la confusione fra diritto internazionale e diritto interno avrebbe dovuto costituire un motivo di sospetto. Proprio da quel dato, invece, la dottrina dualista ha dedotto che, poiché tutto quanto concerne le società statuali è estraneo al diritto internazionale e rientra, per così dire, entro la sfera esclusiva di competenza del diritto statuale stesso, la questione di sapere che cosa sia lo «Stato» soggetto dev'essere risolta non sulla base del diritto internazionale, ma sulla base del diritto interno della sociologia e della storia. Conseguentemente, la scienza del diritto internazionale non avrebbe nulla da dire in proposito [27].

Su questo modo di vedere non ha inciso purtroppo la circostanza che proprio la dottrina dualista abbia avvertito a un certo punto la necessità di una *vindicatio in libertatem* dell'ordinamento internazionale nei confronti del diritto interno in rapporto ai propri soggetti. Questa reazione ha voluto soltanto affermare che la soggettività internazionale è una qualità distinta da quella di diritto interno e soprattutto che la qualifica di Stato non è sinonimo di soggetto [28]. Non si è affatto riconosciuto, invece, che non vi è nemmeno una ragione perché l'ordinamento internazionale debba elevare a soggetti, anche nei casi normali **(**quelli dei c. d. «Stati»), proprio gli Stati. Si è proceduto, è vero, anche alla revisione di molti punti collegati con la nozione degli enti [29]. Si è ammessa la soggettività della Santa Sede e degli insorti (soggetti non Stati); e si nega la soggettività dell'Illinois, dell'Alaska, della Carolina del Sud (Stati non soggetti) [30]. Non si è posto tuttavia il quesito se il Perù la Spagna la Cina in quanto soggetti di diritto internazionale corrispondano esattamente allo Stato peruviano, spagnolo o cinese. Si è

---

[27] Dalla premessa dualista, insomma, si è dedotto non solo che l'ordinamento internazionale non regola la struttura interna degli *Stati*, non solo, cioè, che i fatti che determinano la struttura degli Stati e la struttura stessa sono giuridicamente irrilevanti per l'ordinamento internazionale; ma altresì che non è possibile ne utile determinare una nozione dell'*ente soggetto* corrispondente *grosso modo* allo Stato dal punto di vista dell'ordinamento internazionale. Atteggiamento che si estende implicitamente dalla concezione dello «Stato» soggetto a quella di tutti gli altri enti soggetti dell'ordinamento internazionale, la nozione dei quali finirebbe per essere tratta, quindi, esclusivamente o prevalentemente dall'ordinamento interno di ciascuno, della sociologia e dalla teoria generale.

[28] V. soprattutto ANZILOTTI D., *Corso*, cit., p. 113-116 e gli scrittori di parte dualista successivi. Non ci fermiamo nemmeno sulla questione, ormai superata in senso dualista (e dagli stessi scrittori della corrente monista), del rapporto fra personalità internazionale e personalità interna degli «Stati» (v. DONATI D., *Stato e territorio*, Roma, 1924, p. 2 ss.; REDSLOB R., *Les principes des droit des gens moderne*, Paris, 1937, p. 25, 26; PERASSI, *Lezioni*, cit., 1942, I, p. 45-46; MORELLI, *Nozioni*, cit., p. 125; QUADRI, *Dir. internaz. pubbl.*, cit., 272). Uno degli ultimi sostenitori della tesi contraria alla distinzione e il MERIGNHAC *A.*, *Traité de Droit public international*, Paris, I (1905), p. 117 ss.

[29] Come e noto, gli altri problemi fondamentali investiti dalla *vindicatio in libertatem* operata dalla teoria dualista sono soprattutto quello degli «organi» e il rapporto «Stato»-territorio e «Stato»-sudditi (e Stato-ordinamento giuridico). Quanto alla materia degli organi, però, la dottrina internaziona1istica non era riuscita ancora, come si vedrà («eccettuata una esigua minoranza di autori), a svincolare la rappresentazione scientifica del problema dell'imputazione internazionale - pur avendola ricondotta nell'ambito del diritto internazionale - dagli schemi propri della teoria generale delle persone giuridiche dal punto di vista del diritto interno. E quanto alle ricerche in tema di territorio e di sudditanza dal punto di vista del diritto internazionale, esse non hanno portato ancora, come vedremo, ad una completa chiarificazione del problema dell'essenza degli enti soggetti. Si tratta in sostanza di variazioni sulla teoria degli elementi costitutivi sia dal punto di vista interno che da quello del diritto internazionale.

[30] V., p. es., HYDE, *International Law*, ecc., I, p. 21 ss.

prodotto anzi, in quell'occasione, uno strano equivoco per effetto del quale la *vindicatio in libertatem* proclamata, anziché indurre la dottrina a confrontare gli enti soggetti «Stati» con gli enti «diversi dagli Stati», ed a domandarsi se e fino a quale punto i primi coincidessero con gli Stati [31], ha determinato addirittura l'effetto opposto di accentuare l'atteggiamento negativo nei confronti del problema. Equivoco che è derivato essenzialmente dal fatto che si è posta la questione in termini di «*Stati*» anziché di «*enti soggetti* di diritto internazionale» [32].

Quale che sia stata, ad ogni modo, la ragione dell'atteggiamento negativo della dottrina dualista, e nonostante la maggiore approssimazione alla nozione esatta che esso, come vedremo, determina, non vi possono essere dubbi sulla sua infondatezza. Esso è contrario al buon metodo scientifico e rende un cattivo servizio alla stessa dottrina dualista anche agli . effetti della nozione negativa ch'essa professa degli enti soggetti.

Non è giustificato innanzi tutto dare senz'altro per dimostrato che gli enti soggetti siano proprio gli *Stati* intesi in un certo modo. Che gli enti soggetti corrispondano approssimativamente agli Stati, alla Chiesa romana, all'organizzazione insurrezionale ecc., è un dato di evidenza palmare. Ma nulla autorizza a ritenere che questo dato approssimativo corrisponda esattamente alla realtà. Né si vede perché mai lo stesso dato dell'irrilevanza giuridica internazionale della realtà interna dell'ente soggetto «Stato» dovrebbe giustificare l'astensione della scienza internazionalistica dalla ricerca della nozione dell'ente soggetto medesimo dal proprio punto di vista. Posto che l'ente soggetto corrisponda *grosso modo* a uno Stato inteso in senso *materiale*, resterà ben il problema di

---

[31] ...e i secondi con gli enti apparentemente coincidenti dei rispettivi ordinamenti...

[32] L'Autore che si è posto espressamente il problema della *vindicatio in libertatem* dell'ordinamento internazionale nel senso che si è visto ANZILOTTI, *Corso*, cit., p. ll4-15) ha detto giustamente (ma poco felicemente) che per «Stati» agli effetti della soggettività internazionale si dovessero intendere gli «Stati del diritto internazionale» non quelli della sociologia, della storia e del diritto interno; mentre è evidente che egli doveva dire che l'ordinamento internazionale considera destinatari delle proprie norme gli *enti* che esso considera in possesso dei requisiti necessari e non quelli che gli storici e i pubblicisti chiamano «Stati». Si è generata cosi l'idea che con quella espressione si volesse affermare che, sia pure ai soli effetti suoi propri, il diritto internazionale potesse decidere *se un ente fosse uno* «*Stato*» nel senso ed agli effetti che la teoria generale del diritto (interno) attribuiscono a questa qualità; dando luogo non solo a una serie di giustificate proteste in campo dualista, ma anche ad un equivoco molto grave. Coloro, infatti, che pur accettando l'idea esattissima racchiusa in quella infelice formulazione, hanno tenuto a correggerla - anche loro dualisti - non si sono contentati della correzione formale. Da un lato hanno corretto la dizione, aggiustato il *lapsus* formale ed accolta di buon grado la sostanza dell'affermazione: estensione della soggettività a non Stati. Dall'altro, però, hanno creduto opportuno di capovolgere l affermazione dell'Anzilotti in quella che era la sua formulazione viziata. negando che esistesse una nozione dello Stato (nel senso di «ente soggetto») *secondo il diritto internazionale*; nozione che doveva essere ricavata, si è detto, dalla teoria generale. Anche qui, in sostanza, si faceva un'affermazione esattissima in un certo senso, in quanto è ovvio che, stando alla concezione dualista, il diritt internazionale non fabbrica Stati (non organizza, cioè comunità interindividuali). Anche quest'affermazione, tuttavia, generava un equivoco, perché l'impossibilità di conoscere lo Stato come fenomeno giuridico internazionale non implica affatto l'impossibilità di determinare, sulla base esclusiva della realtà giuridica internazionale, quale sia (materialmente) l'essenza degli *enti* che l'ordinamento internazionale eleva a soggetti delle proprie valutazioni, solo perché essi corrispondono *grosso modo* a *Stati.* Questo atteggiamento, che e molto diffuso, si ritrova nella maggior parte degli autori cit. sopra, nota 25 fra i negatori de1 problema della nozione degli enti soggetti.

Tutto sommato, la stessa dottrina dualista continua a fare uso oggi, per tutti i fini ai quali essa occorre per la costruzione dei fenomeni giuridici internazionali, di una concezione degli «Stati» e degli altri enti soggetti ch'essa ha ereditato da una dottrina che non faceva alcuna distinzione tra la figura giuridica di diritto interno e la figura giuridica di diritto internazionale degli enti ai quali - come la stessa dottrina dualista ha avuto il merito di dimostrare - l'ordinamento internazionale attribuisce la soggettività giuridica in modo assolutamente indipendente dalla qualifica di «Stati», «insorti», «comitati», «chiese» loro attribuita dalla teoria generale. E ciò proprio in omaggio al dato della separazione fra diritto internazionale e diritto interno.

determinare esattamente la figura dell'ente nella sua composizione, nella sua struttura e nelle sue vicende. E poiché si tratta dell'ente che è assunto a soggetto dall'ordinamento internazionale, è evidente che la dottrina che studia quest'ordinamento debba farsene una propria nozione [33].

L'atteggiamento negativo criticato è del resto doppiamente nocivo**,** come si accennava, alla stessa corrente dualista. Innanzi tutto perché questa si preclude la possibilità di trovare nella struttura interna degli enti soggetti delle conferme di quel dato della separazione fra diritto) internazionale e diritto interno che costituisce il suo punto di partenza e il suo massimo merito scientifico [34]. In secondo luogo perché l'atteggiamento assunto porta i dualisti a mutuare alla dottrina del diritto interno una nozione degli enti soggetti che, per essere più o meno conforme all'atteggiamento attivo che il diritto interno tiene nei confronti della realtà sociale interna degli Stati, fa a pugni con l'atteggiamento *passivo* che proprio i dualisti attribuiscono all'ordinamento internazionale nei confronti della realtà stessa [35].

B) I monisti, per parte loro, sono portati dalle loro premesse all'estremo opposto. Per loro il problema giuridico dello Stato-persona od ordinamento esiste soprattutto come problema dello «Stato nel senso del diritto internazionale »; ma esiste in quanto l'ordinamento internazionale qualifica la realtà interna degli Stati e ne legittima gli ordinamenti.

Il modo come i monisti arrivano a questa conclusione - che va, come vedremo, oltre il segno, - è legato alla loro concezione del diritto; come fenomeno essenzialmente

---

[33] Questa affermazione naturalmente non esclude che la nozione dell'ente soggetto alla quale si perviene sulla base dell'osservazione della realtà internazionale coincida sino ad un certo punto con la nozione o una certa nozione dello Stato, della Chiesa romana o di un partito-governo insurrezionale dal punto di vista giuridico interno.

[34] Sull'errore dei pluralisti di non rendersi conto che lo «Stato» (leggi: «ente soggetto di diritto internazionale») dovrebbe essere una cosa distinta dallo Stato del diritto interno, v. KELSEN, *General Theory of Law and State*, cit., p. 376 ss. Il Kelsen, però, ritiene erroneamente, a nostro avviso, che l'ANZILOTTI rappresenti una eccezione e sia coerente con la premessa dualista. Come s'è visto, la *vindicatio in libertatem* dell'ordinamento internazionale da parte dell'Anzilotti si è fermata a metà strada. Questo Autore ha avvertito, opportunamente e giustamente, che l'ordinamento internazionale può attribuire la soggettività anche ad enti che non siano Stati secondo il diritto interno. Non ha avvertito, come la maggior parte della dottrina dualista non avverte, che nello stesso caso degli Stati l'ente soggetto di diritto internazionale non è necessariamente lo stesso ente soggetto del diritto interno. A parte la valutazione erronea della teoria dell'Anzilotti, il Kelsen ha tuttavia individuato con grande acume la contraddizione delta dottrina dualista indicando generosamente a quest'ultima in una nozione diversa dello «Stato»-soggetto una delle vie migliori per combattere la teoria monista. Vien fatto di domandarsi, però, se il Kelsen si sia reso conto, nel muovere quell'obbiezione ai dualisti, quanto pericolosa per la concezione monista sia una ricerca sul modo di essere degli enti soggetti dal punto di vista del diritto internazionale (v. spec. il Cap. conclusivo (III) della Parte II).

[35] Quando entreremo nel merito della nozione degli enti soggetti si vedrà ancora meglio a quale assurdo la dottrina dualista sia portata. Dato che la sua struttura è irrilevante per 1'ordinamento internazionale - essa ha detto - non esiste una nozione *giuridica* dello Stato secondo l'ordinamento internazionale. Sennonché, alla negazione di una nozione *giuridica* dal punto di vista dell'ordinamento internazionale si è aggiunta - da parte dei dualisti - la negazione di *qualsiasi nozione dal punto di vista dell'ordinamento stesso.* Sul che non vi sarebbe nulla da dire purché si fosse rinunciato dal tutto a qualsiasi nozione adottando un concetto meramente negativo dal punto di vista giuridico, che in un certo senso è la nozione esatta. Esclusa invece la nozione giuridica dal punto di vista dell'ordinamento internazionale, esclusa qualsiasi altra nozione dallo stesso punto di vista, si è ricorsi alta nozione *giuridica* propria del diritto statuale: e comunque al concetto di «Stato». Da un lato si è giustificato - contrariamente alla tradizione classica - il disinteresse della dottrina del diritto internazionale per la nozione dello Stato. Dall'altro lato si è legittimata l'adozione d'una nozione dell'ente soggetto elaborata sulla base esclusiva del diritto interno. Con la conseguenza che la nozione dell'ente soggetto trova la sua base, anziché nell'osservazione della realtà giuridica internazionale, nella teoria generale dello Stato ché, come i dualisti implicitamente ammettono, non ha proprio nulla a che vedere con l'ordinamento giuridico che essi studiano.

interindividuale, ed all'idea che ne con; segue che in tanto si può parlare di un ordinamento giuridico della società degli Stati, in quanto l'ordinamento internazionale si occupi degli Stati intesi come comunità giuridiche o ordinamenti, legittimandoli nella loro esistenza, delimitandone la «competenza» gli uni rispetto agli altri, ed utilizzandoli al fine di operare indirettamente - attraverso gli ordinamenti degli Stati stessi o gli Stati-ordinamenti - sul comportamento degli individui membri ed agenti. Partendo da queste premesse, è perfettamente logico che i monisti affermino che l'ordinamento internazionale non solo provvede a determinare che cosa sia e quando vi sia uno Stato (= ente soggetto o ordinamento), ma non potrebbe non provvedervi senza venir meno al suo compito di legittimare e delimitare quegli ordinamenti inferiori e derivati, in mancanza dei quali non potrebbe agire indirettamente sulla «civitas maxima» interindividuale che costituisce la sua ragion d'essere e la condizione *sine qua non* della sua giuridicità. Esisterebbe, quindi, secondo il Kelsen, il Verdross, il Kunz ed il Guggentheim, una «fattispecie» giuridica internazionale dello Stato [36].Rispetto alla tesi negativa dualista troviamo dunque una netta opposizione nel punto di partenza ed una logica parallela opposizione sulla questione specifica della nozione internazionalistica dello «Stato» (con il quale s'identifica sempre l'ente soggetto) [37].

Pur sembrando a prima vista a noi più favorevole, questa tesi è viziata da un apriorisma opposto ma analogo a quello che rende inaccettabile l'atteggiamento negativo dualista, perché l'affermazione del problema dello «Stato secondo il diritto internazionale» è strettamente legata, anzi condizionata alla sua soluzione in un senso predeterminato dal duplice postulato di partenza. In tanto il problema si porrebbe alla scienza del diritto internazionale, secondo i monisti, in quanto l'ordinamento internazionale, come ordinamento degli Stati intesi come comunità giuridiche od ordinamenti, terrebbe un atteggiamento attivo nei confronti della realtà sociale interna degli Stati stessi. Con l'ovvia conseguenza che la soluzione del problema è già contenuta nella stessa affermazione che dovrebbe giustificarne la posizione; e la posizione stessa del problema diventa solo un mezzo per assumerne come data una certa soluzione [38].

Per parte nostra, invece, il problema va posto come quello della nozione degli *enti soggetti* diretti dell'ordinamento internazionale indipendentemente dall'accoglimento dell'una o dell'altra interpretazione della realtà giuridica internazionale. Esso non va posto come il problema della nozione dello «Stato dal punto di vista del diritto internazionale», perché non è detto che gli enti soggetti corrispondenti agli Stati

---

[36] V. KELSEN H., *Das Problem der Souweränität und die Theorie des Volkerrechts*, Tübingen, 1928, p. 235; *General Theory*, cit., p. 366 ss.; VERDROSS A., *Die Verfassgng der Völkerrechfsgemeinschaft*, Vienna, Berlino, 1926, p. 33 ss., 118 ss.; KUNZ J., *Die Anerkennug von Staaten und Regierungen im Völkerrecht*, vol. II, parte terza dello *Handbuch* di Stier Somlo, Stoccarda, 1928, p. 15 ss.; ID. *Staaten-verbidungen*, vol II, parte quarta dello stesso *Handbuch*, Stoccarda, 1929, p. 17 ss.; GUGGENHEIM *Lehrbuch des Volterrechts*, I, Basilea, 1948, p. 178 ss. Si vedrà che qualche dualista s'è avvicinato, più o meno decisamente, alla stessa conclusione.

[37] Mentre cioè per la maggior parte dei dualisti non sarebbe nemmeno il caso di andare alla ricerca di una nozione degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale dal punto di vista di questo stesso ordinamento, pei monisti non solo la nozione è possibile ma sarebbe inconcepibile che non ve ne fosse una; e si tratterebbe, per giunta, di una nozione *giuridica* fondata sulle norme interne o internazionali che qualificano giuridicamente la realtà sociale interna degli enti soggetti.

[38] Allo stesso modo come ai dualisti la negazione del problema appare come una conferma ed un'applicazione della loro teoria dell'irrilevanza giuridica internazionale della realtà sociale interna degli Stati, l'affermazione del problema costituisce un elemento essenziale per la coerenza della teoria opposta dei monisti.

coincidano esattamente con gli Stati. E non va posto sulla base esclusiva della dottrina dualista né della concezione unitaria del mondo giuridico, perché è semmai dalla sua soluzione che dipende la sostenibilità dell'una o dell'altra interpretazione della realtà giuridica internazionale [39].

[39] Il che non ci impedirà naturalmente di concentrare la nostra attenzione sugli Stati assumendoli come gli enti ai quali i soggetti diretti dell'ordinamento in gran parte *grosso modo* corrispondono, né di valerci, nella discussione, dei dati in senso opposto forniti dalla migliore dottrina dell'una o dell'altra parte a seconda che si discutano, di volta in volta, tesi dualiste o moniste.

CAPITOLO II.
LA NOZIONE DOMINANTE DEGLI ENTI SOGGETTI E IL PROBLEMA DELLA SUA VERIFICA

SOMMARIO: 1. Tendenza generale della dottrina a identificare gli enti soggetti con le persone giuridiche corrispondenti agli Stati ed agli altri enti assimilati dal punto di vista dei rispettivi ordinamenti. - 2. Dubbi circa l'esattezza della nozione dominante dualista e monista: sia riguardo alla possibilità di concepire gli enti soggetti come persone giuridiche. - 3. …sia alla possibilità di identificarli con gli Stati. - 4. Opportunità del riesame dell'intero problema. Criteri e piano dell'indagine.

1. - Il difetto di approfondimento o la negazione del problema della nozione degli enti soggetti - atteggiamento imputabile soprattutto, come s'è visto, agli autori di tendenza dualista - non significa che la. dottrina non si sia fatto un certo concetto degli enti stessi. La nozione generalmente adottata rimane tuttavia totalmente passiva [40]. Anche quando essa considera le due soggettività separate e distinte, la larghissima maggioranza della dottrina si limita a identificare gli enti soggetti principali dell'ordinamento internazionale con gli enti corrispondenti alle persone giuridiche degli Stati e degli altri gruppi organizzati dei rispettivi ordinamenti interni quali appaiono alla storia, alla sociologia ed alla teoria generate del diritto [41].

La concezione degli enti soggetti come persone giuridiche corrispondenti agli Stati [42] non si trova espressa in dottrina sempre negli stessi termini. L'idea della coincidenza è tuttavia generale e indipendente dall'opinione seguita da ciascun autore in merito al rapporto fra soggettività interna e internazionale [43]. Come per gli Stati del diritto interno

---

[40] Come spesso avviene per certi problemi fondamentali, il fatto che la dottrina professi una nozione che essa non si è costruita con le proprie mani conferisce peraltro alla nozione stessa un'apparenza di certezza che non si ritrova nelle costruzioni più argomentate e documentate.

[41] Si vedrà più avanti che la coincidenza non è così assoluta per gli enti diversi dagli Stati (unioni a parte). Essa sussiste senz'altro per quanto riguarda l'estensione automatica all'ente soggetto di diritto internazionale della qualifica di persona giuridica, «ente morale» o «istituzione». Soffre invece alle volte una limitazione molto significativa agli effetti della determinazione del c. d. «sostrato materiale». della persona giuridica stessa, che non sempre viene identificato, come suol farsi per gli Stati, con il c. d. sostrato della persona giuridica di diritto interno o della eventuale persona giuridica di diritto interno. Ciò è particolarmente evidente nel caso del soggetto corrispondente alla Chiesa romana, che viene individuato generalmente dalla dottrina nella «Santa Sede» o addirittura nella persona del Pontefice, cioè nell'«organo supremo» della Chiesa, anziché nella Chiesa stessa (Fa peraltro eccezione l'ANZILOTTI, *Corso di dir. internaz.*, cit., p. 127 ss., spec. 140, che identifica l'ente soggetto con la Chiesa considerata nella sua interezza). Considerazioni analoghe valgono per la maggior parte degli enti soggetti diversi dagli Stati (e dalle unioni).

[42] Si parlerà spesso per brevità dei soli «Stati» soggetti. Resti inteso da un lato che intendiamo sempre riferirci, oltre che agli enti soggetti corrispondenti a «Stati», anche agli altri soggetti diversi dagli Stati e dalle unioni di Stati; dall'altro che il termine «Stato» viene usato solo per comodità del linguaggio, anche con riferimento agli enti corrispondenti *grosso modo* a Stati. Che cosa siano gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale corrispondenti è proprio quello che il presente lavoro si propone di chiarire.

[43] Indicazioni bibliografiche complete dovrebbero comprendere l'intera letteratura internazionalistica. A titolo di larga esemplificazione v.: PUFENDORF S., *Le Droit de la Nature et des Gens,* 1672, l. VII, C. 2, § 13; VATTEL E., *Le Droit des Gens ou pricipes de la loi naturelle, Preliminaires,* § 1-2; l. I, C. I, 1-3; BULMERINCQ A. v., *Systematik des Völkerrechts,* Dorpat, 1858, p. 209 ss.; *Völkerrechts* (nello *Handbuch* del Marquardsen) Freib. i. B., 1884, p. 192 ss., 300; WHEATON H., *Eléments de droit intentational,* 3ª ed. (trad. franc.), Lipsia, 1858, I, p. 29 ss.; KLÜBER J. L., *Droit des Gens moderne de Europe,* ed. Ott., Parigi, 1861, p. 1; HEFFTER A. G., *Le droit international public de l'Europe,* trad. Bergson, Berlino, Parigi, 1866, p. 31, l0, 105, 115 ss.; FIORE, P., *Trattato di diritto internazionale pubblico,* Torino, I, 1904. p. 190 ss.: NEUMANN L., v., *Eléments du Droit des Gens moderne Européen,* trad. franc. sulla 2ª ed., 1884, Parigi, p. 2, 21; BLUNTSCHLI, *Le Droit international codifé,* trad. Lardy, Parigi, 1886, l. II, p. 17 ss., l. III, 115 ss.; HOLTZENDORFF, F. v., *Der Staat als völlkerrechtliche Persönlichkei,*. nel vol. II, dello *Handbuch,* Amburgo, 1887,

poi, - e per qualsiasi persona giuridica - questa nozione generica assume tutte le specificazioni e le tinte corrispondenti alle varie teoriche, funzionistiche, giuridiche e organiche degli «enti morali» compresa la qualifica di persone giuridiche «pubbliche» [44]. Salvo rare eccezioni però (Kelsen Scelle). le varie specificazioni del concetto si risolvono nella mera ricezione dalla dottrina civilistica e costituzionalistica, da una parte delle teorie organico-realistiche o del «sostrato» reale della persona giuridica e dello Stato; dall'altra delle teorie della persona giuridica (e dello Stato) come strumento tecnico, ma con netta prevalenza delle prime [45].

a) La prima corrente dottrinale, che raccoglie la larghissima maggioranza degli autori dualisti, costruisce generalmente gli enti soggetti corrispondenti *grosso modo* agli Stati come persone giuridiche a sostrato costitutivo ternario («Stati») o binario (Chiesa,

---

p. 1 ss., 18 ss.: HEILBORN, *Das System des Völkerrsechts,* Berlino, 1896, p. 138 ss.; *Staaten und Staatenverbindungen,* nel *Wörterbuch des Völkerrechts u. der Dipl.* dello Strupp, II, p. 571; *Subjekte des Völkerrechts,* ibid, p. 684 ss.; ULLMANN E., *Völkerrecht,* nello *Handbuch* del Marquardsen, Frib. i B., 1898, 39, 83 ss.; ANZILIOTTI, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel dir. internaz.,* Firenze, l902, p. 2, 153 ss.; *Corso* cit., I, Roma, 1928, p. 112-113, 227 ss.; KOHLER J., *Grundlagen des Völkerrechts* Stoccarda, 1918, p. 49 ss.; NIEMEYER Th, *Völkerrecht,* Berlino, 1923, p. 172 ss.; OTTOLENGHI G., *Sulla pers. internaz. delle unioni di Stati, Rivista di dir. internaz.,* 1925, p. 313 ss.; *Lez. di dir. internaz.* Torino, 1947, spec. 207 ss., WESTLAKE, *Traité de droit internat.,* trad. De Lapradelle, Oxford, 1924, p. 3; CAVAGLIERI A., *I soggetti del dir. internaz.,* nella *Rivista* cit., 1925, p. 18 ss.; 169 ss.: *Corso di dir. internaz.,* Napoli, i934, p. 246, 248 ss.; v. LISZT, F.-FLEISCHMANN M., *Das Völkerrecht t systemat. Dargestll,.* Ber1ino, 1925, spec. 86; VERDROSS, v., *Die Verfassung der Vökerrechtsgemeinschaft,* Vienna, 1926, p. 125 ss.; *Völkerrecht,* Berlino, 1937, p. 41, 42; KELSEN, *Das Problem der Souveränität* ecc. cit., p. 236, *passim;* e *General Theory,* ecc. cit., p. 366 ss.; KNUBBEN, *Die Subjekt des Völkerrechts,* nello *Handbuch* dello Stier-Somlo, II, 1928, 241 ss., spec. 246 ss.*;* HOLD-FERNECK, A., *Lehrbuch des Völkerrechts,* Lipsia, I, 1930, p. 27 ss., 32 ss., II, 1932. p. 118 ss.; FEDOZZI, *Introduzione* cit., p. 100 ss., 437-39; PERASSI, *Lezioni* cit., I, 1937, p. 93 ss., 1942, 115 ss., 118 ss.; BALLADORE PALLIERI, *Dir. internaz. pubbl.* cit., 1948, p. 89 ss.; BOSCO, *Corso di dir. internaz. pubbl.,* 1941-42, p. 160 ss., spec. 165; AGO, *Le délit internat.,* nel *Recueil des Cours de l'Acad. de Dr. internat.* cit., 1939, IV, spec. 45 ss. e 62 dell'estr.; QUADRI, voce *Stato (diritto internazionale),* nel *Nuovo Dig. iIt.,* p. 8 ss. dell'estr.; *Dir. internaz. pubbl.,* cit., p. 317; MORELLI, *Nozioni* cit., p. 203 ss.; OPPENHEIM'S, *International Law.,* ed. Lauterpacht, *Londra,* I, 1947, p. 114 ss., 323 ss., 830 ss., spec. 309; HYDE, Ch. Ch., *International Law* ecc. cit., I, 20 ss.; ROSS A., A *Text-Book of International Law* (trad. ingl. dal danese), l947, p. .30-33; FENWICK Ch. G., *International Law,* New York 1948, p. 102 ss. spec. 105; GUGGENHEIM P., *Lehrbuch des Völkerrechts,* Basilea, 1948, p. 143, 161 ss.; MONACO, R., *Manuale* cit., spec. p. 206.

Lo stesso *vale* per civilisti, i costituzionalisti *e i* teorici generali, che qualificano lo *Stato-come* persona giuridica di diritto internazionale oltre che di diritto interno (v., p. es., LEVI A., *Teoria gen. del diritto,* Padova, 1950, p. 387), ma sembra fare eccezione alla regola, *più* o meno decisamente. il BURCKHARDT, *Die organisation der Rechtsgemeinschaft* cit., p. 329 ss. Formula recentemente riserve sulla concezione degli Stati come «enti morali» il GIULIANO, *La comunità internazionale e il diritto,* Padova, 1950, p. 241 ss., 253.

Tutti questi autori poi, con le eccezioni che vedremo, tendono a identificare senz'altro l'ente soggetto con lo Stato, salvo a far variare il concetto di quest'ultimo sempre in teoria generale e da entrambi i punti di vista interno ed internazionalistico.

[44] Quest'ultima qualifica e attribuita di solito agli «Stati» soggetti implicitamente. Vi si riferiscono tuttavia esplicitamente fra gli altri il BUSTAMANTE Y SIRVEN, *Droit international public,* trad. franc. Goule, Parigi, I, 1934, 121 ss., 349 ss.; e il LONGO, *Diritto internazionale pubblico e privato (Corso di; lezioni),* Padova, 1930, p. 3, 65.

[45] Che gli internazionalisti - e specialmente quelli di corrente dualista - non abbiano sentito l'esigenza di dare un proprio contributo all'elaborazione del concetto di persona giuridica, è cosa non solo piuttosto strana, data opinione pressoché generale degli stessi internazionalisti secondo la quale l'ordinamento internazionale - a differenza di quelli statuali - sarebbe costituito esclusivamente o prevalentemente di «persone giuridiche» o «enti astratti» (v., per es. PERASSI, *Introduzione alle scienze giur.,* Roma, 1938, p. 47); ma anche pregiudizievole, come si vedrà, sia alla conoscenza del fenomeno della soggettività giuridica internazionale, sia alla teoria generale dell'ordinamento: problemi che da un esame del concetto di persona giuridica e della possibilità e dei limiti della sua applicazione nel campo internazionalistico possono trarre a nostro avviso un vantaggio maggiore di quanto non sembri a prima vista. Il solo punto che ha richiamato - e non poteva non richiamare - l'attenzione della dottrina internazionalistica è il problema della composizione del c.d. «sostrato» reale della persona giuridica, che non costituisce peraltro l'aspetto più importante della teoria degli enti morali.

insorti, ordine di Malta) coincidente per l'appunto con il sostrato dell'ente soggetto di diritto interno. La concezione ternaria degli enti soggetti corrispondenti agli Stati ha subito di recente, com'è noto, una serie di duri colpi per effetto delle indagini condotte specialmente in Italia e in Germania intorno alla natura del rapporto fra Stato e territorio, Stato e sudditi (popolo) ed anche - ma in misura inferiore - fra Stato e ordinamento giuridico [46]: indagini che hanno avuto per risultato l'esclusione pressoché totale del territorio - soprattutto per opera del Donati - dal novero degli elementi costitutivi; un notevole indebolimento della concezione del popolo come elemento costitutivo - risultato dovuto soprattutto al Quadri e al Balladore Pallieri -; e l'affermarsi, per opera soprattutto del Donati e del Marinoni. di una nozione del «sostrato» degli enti soggetti ridotta all'«organizzazione» di fatto, all'insieme dei funzionari o degli «uffici» ovvero al «governo» in senso lato; concezione che una parte della dottrina italiana recentissima tende a valorizzare [47], Va osservato tuttavia - e questo è il punto che per il momento c'interessa - che gli stessi spunti nuovi offerti da queste concezioni, a parte i difetti che vedremo, muovono tutti sempre dall'idea centrate che gli enti in questione costituiscano delle «persone giuridiche» in senso tecnico come gli Stati (o gli altri enti assimilati) del diritto interno di ciascuno, e coincidono, come enti, con gli ,Stati stessi (o con gli enti assimilati) [48]. Quale che sia insomma la concezione professata, essa si presenta sempre come la faccia esterna - internazionalistica . - di quell'unica medaglia corrispondente all'ente Stato o ente assimilato, l'altra faccia della quale sarebbe il soggetto o l'eventuale soggetto di diritto interno. L'ente rimane il medesimo dall'una e dall'altra parte [49] [50].

b) Quanto alla minoranza di autori che professano concezioni anti-organistiche o giuridiche delle persone giuridiche e dello Stato, essi identificano anche loro l'«ente» di diritto internazionale - se e nei limiti in cui di «enti» sia lecito parlare con riferimento a

---

[46] V. le citaz. al C. I della Parte III.

[47] MARINONI, *La responsabilità degli Stati per gli atti dei loro rappresentanti secondo il diritto internazionale,* Roma, 1914, p. 118 ss.; ID., *L'universalità dell'ordine giuridico statuale e la concezione del diritto internazionale privato,* nella *Rivista di diritto pubblico,* 1916, I, p. 228 e 233 ss.; DONATI, *Gli; organi dello Stato e il diritto internazionale,* nella *Rivista di diritto pubblico,* 1909, I, p. 454 ss.*;* ID., *Stato e territorio,* nella *Rivista di diritto internazionale,* 1914, p. 128*;* ID., *La persona reale dello Stato,* nella *Riv. di dir. pubbl.,* 1921, I, P. 5 ss.; ID., *Stato e territorio,* 1924, p. 7 e 9; QUADRI, *La sudditanza nel diritto internazionale,* Padova, 1936, C.I., spec. p. 48; e la voce «*Stato*» *(Diritto internazionale),* nel *Nuovo Digesto Italiano* cit.; BALLADORE PALLIERI. *Stato e individuo secondo il diritto internazionale (a proposito di una recente pubblicazione),* nella *Riv. di dir. internaz.,* 1936, p. 34 ss.; GIULIANO, *La navigazione aerea nel diritto internazionale generale,* Milano, 1941, p. 51-53 e *La situazione attuale della Germania secondo il dir. internaz.,* nelle *Pubbl. della Fac. di Gurispr* della Univ. di Modena, N.S., Num. 10, Num. 75, spec. p. 13 ss.; ed ora *La Comunità internazionale* ecc. cit., p. 236 ss.

[48] V. gli scritti cit. nella nota precedente. Fanno eccezione, nel senso e nei limiti che vedremo, il BURCKARDT il GIULIANO *Opere* cit. a p. 27 in nota.

[49] Funzionerebbe evidentemente anche in questo caso il principio, ben noto ad ogni dualista o pluralista - ed a nostro avviso esatto -, secondo il quale un medesimo fatto (nel caso presente il medesimo ente) può essere giuridicamente qualificato in modo analogo o diverso da due o più ordinamenti giuridici: l'esistenza del medesimo ente storico sociale - (siamo qui nell'ambito di teorie tendenzialmente organico-realistiche delle persone giuridiche) - farebbe da «sostrato» a due distinti fenomeni di soggettività.

[50] Particolarmente evidente l'idea dell'ente a due facce in DONATI, *Stato e territorio,* 1924, p. 2: «LO Stato si pone come persona in un duplice ambiente sociale: in confronto agli altri Stati, cioè nella società internazionale, e in confronto ai soggetti ad esso sottoposti cioè nella società «interna». Ciò deriva dal fatto che il D. concepisce lo Stato - al pari della maggioranza della dottrina - come un ente reale sia dal punto di vista del diritto internazionale sia dal punto di vista del diritto interno. Si vedrà che le cose non stanno a questo modo. La persona giuridica Stato del diritto interno è una cosa *diversa* dell'ente soggetto di diritto internazionale.

concezioni strumentalistiche delle persone giuridiche - con l'«ente» di diritto interno [51]. Questi autori portano cioè sul piano del diritto internazionale la concezione dello Stato e delle persone giuridiche come «ordinamenti giuridici» o «*procédés techniques*», e fanno coincidere naturalmente *i procédés techniques o* gli ordinamenti giuridici corrispondenti agli «enti» di cui il diritto internazionale si servirebbe o si occuperebbe con i *procédés techniques o gli* ordinamenti con i quali gli Stati e gli enti assimilati s'identificano più o meno esattamente dal punto di vista interno.

2. - Nello stesso tempo però - e questo è a nostro avviso molto significativo - tanto la corrente di maggioranza (*a*) che quella di minoranza (*b*) - e soprattutto la prima, che tende ad avvicinarsi maggiormente alla realtà giuridica internazionale [52] - attribuiscono agli enti in questione una serie di caratteristiche costituenti altrettanti indizi contrari sia all'assimilabilità degli enti soggetti alle persone giuridiche in senso tecnico in generale, sia alla coincidenza di ciascun ente soggetto con l'entità extra giuridica o giuridica Stato o ente assimilato con il quale si tende a identificarlo; oppure l'una cosa e l'altra insieme. Ma ciò in senso e misura diversa a seconda che si considerino le teorie di maggioranza (*a)* o quelle di minoranza (*b*).

A) Per cominciare dagli indizi contrari all'assimilabilità degli enti soggetti a persone giuridiche in senso tecnico in genere, questa possibilità è gravemente compromessa, nell'ambito delle dottrine di maggioranza, dal modo come queste si raffigurano l'atteggiamento dell'ordinamento internazionale nei confronti del fenomeno Stato e della realtà sociale interna degli enti soggetti. Si afferma da queste dottrine - dualiste per quanto ha tratto al rapporto fra diritto internazionale e diritto interno e organiciste-realiste per quanto riguarda la concezione delle persone giuridiche -. che la realtà sociale interna a ciascun ente soggetto non è qualificata dall'ordinamento internazionale; che l'ordinamento interno degli enti costituisce un fatto per l'ordinamento internazionale; che le attività esplicate dagli enti soggetti all'interno non costituiscono la manifestazione di potestà giuridiche conferite dall'ordinamento internazionale; e infine che gl'individui membri-agenti dei gruppi non sono soggetti [53].

Affermazioni tutte queste che depongono in modo evidente per un atteggiamento dell'ordinamento internazionale verso gli enti soggetti e la loro realtà sociale interna, che non trova alcun parallelo nell'atteggiamento degli ordinamenti statuali nei confronti delle persone giuridiche private e pubbliche (Stato-persona compreso) nemmeno stando alle dottrine antropomorfiche e organiche. La realtà sociale sottostante è in questo caso qualificata direttamente o indirettamente dall'ordinamento. L'ordinamento interno dell'ente è «derivato» da quello dello Stato o è l'ordinamento stesso dello Stato. Le

---

[51] La differenza è che qui l'identificazione è portata sul piano della diversa Teoria delle persone giuridiche professata e la cui caratteristica più saliente dal punto di vista dal quale ci poniamo è costituita dalla negazione dell'esistenza di un'entità reale soggetto (teoria della persona giuridica come strumento tecnico), dalla sostituzione del fenomeno di soggettività vero e proprio con un fenomeno di «legittimazione» e «delimitazione di competenza» e quindi dalla tendenza all'eliminazione dello stesso problema del rapporto fra soggettività interna e soggettività internazionale dell'«ente» (vedi tuttavia del KELSEN, su quest'ultimo punto, *The Law of the United Nations*, New York, 1950, p. 336).

[52] Allontanandosi a nostro avviso di altrettanto dalla nozione tecnica esatta del fenomeno della persona giuridica.

[53] Ci asteniamo per il momento da citazioni, dato che quelli indicati sono i punti fondamentali della dottrina dualista.

attività svolte dall'ente e dagli agenti verso i membri sono giuridicamente rilevanti. E gl'individui membri-agenti dell'ente, infine sono soggetti.

Né gl'indizi contrari all'assimilazione che si possono cogliere nella dottrina di maggioranza sono tutti qui. A parte quelli che sarebbe prematuro rilevare in sede preliminare, ci limitiamo a ricordare due punti essenziali. Il primo è l'asserzione, frequente tra i dualisti, che gli enti soggetti sono dei meri « fatti » per l'ordinamento internazionale e sono come tali da questo presupposto. Invano si cercherebbe un'affermazione analoga nella dottrina civilistica con riferimento alle persone giuridiche interne inferiori, la cui posizione nei confronti dell'ordinamento statuale dovrebbe costituire il parallelo della situazione delle persone giuridiche corrispondenti agli enti soggetti rispetto all'ordinamento internazionale [54]. Il secondo punto è il diffuso parallelo fra gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale e gl'individui fisici [55], parallelo che va oltre quello stabilito fra persone fisiche e persone giuridiche del diritto interno. E non va dimenticata, in questo stesso ordine d'idee, la frequente formulazione della distinzione fra Stati ed enti soggetti assimilati da una parte ed unioni di Stati dall'altra, come contrapposizione fra i soggetti «semplici» od «originari» o i «membri» della comunità giuridica internazionale e i soggetti «composti» [56]: contrapposizione che richiama i termini della distinzione fra individui e persone giuridiche piuttosto che una distinzione fra categorie di persone giuridiche; nonché l'uso prevalente del termine «persone giuridiche internazionali», «enti morali» o «enti collettivi» con riferimento particolare alle unioni di Stati [57].

---

[54] Un'espressione analoga si trova riferita - e nello stesso senso - soltanto agl'individui. La si trova riferita, poi - ma solo da una parte della dottrina - alla persona giuridica dello Stato considerata dal punto di vista del suo stesso ordinamento assunto come originario. Ma essa assume in tal caso, come vedremo (*infra*, Cap. II spec. II a conclusione), un senso profondamente diverso.

[55] Questo è frequentissimo nella letteratura di ogni epoca anche riguardo alle persone giuridiche del diritto interno (e lo stesso Stato dal punto di vista del diritto intermo o da un punto di vista unico), ma basta una scorsa a qualsiasi manuale della nostra materia per rilevare la maggiore frequenza del parallelo fra gli individui e gli «Stati» come soggetti di diritto internazionale. A parte il lavoro del DICKINSON G. L., *Analoy between natural Persons and International Persons in the Law of Nations,* nello *Yale Law Jownal,* 1917, p. 564 ss. (di significato presso che nullo dal nostro punto di vista), rileva espressamente la frequenza del parallelo accanto a quello con le persone giuridiche, il GHIRARDINI, *Scr.* cit., p. 74 in nota. Un parallelo implicito fra gli «Stati» soggetti e gl'individui da un punto di vista particolarmente significativo ai fini del presente lavoro è stabilito dall'ANZILIOTTI, *Scr.* e l. cit. alla nota 7, p. 157 s.; dal BURCKHARDT, *Die Organisation der Rechsgemeinshaft,* cit. p. 334; e dal ROSS, *A text-book,* cit., p. 114 nonché dagli autori cit. *infra,* nota 19 p. seg.

[56] Cfr. OPPENHEIM'S, *International Law,* ed. Lauterpacht cit., (*Peace*), p. 85, 161-62; FENWICK Ch. G., *International Law* cit., p. 105.

È ben strano. però, che non solo non ci si è preoccupati di vagliare a fondo la distinzione, dal punto di vista della loro natura «semplice» o «composta», fra Stati e Unioni di Stati - distinzione che peraltro, come vedremo, sussiste sin ad un certo punto -, ma che si possa trovare, per esempio, chi riferisce il termine «*composite persons*» (usato di solito per gli enti morali) alle unioni, in contrapposizione alla qualifica di «*simple*» attribuita agli «Stati», senza nemmeno domandarsi se in queste condizioni sia appropriato parlare di questi ultimi come di «persone giuridiche» evidentemente *di diritto internazionale.*

[57] Questo riferimento, a nostro avviso, è di proprietà molto dubbia. V. comunque: FEDOZZI, *Gli enti coletttvi nel dir. internaz. priv.,* Padova, 1897; FUSINATO, *La personalità giuridica dell'Istituto internaz. di Agric.,* nella *Riv. dir. internaz.,* 1914, p. 149 ss., 152 ss.; RUFFINI, *La natura giuridica delle unioni internas. amministr., Riv. dir. pubbl.,* 1928, p. 259, 264; FIORE, *Trattato* cit., I, 1879, p. 254; *Diritto internaz. codif.,* 1915, p. 138; LONGO A., *Persone giur. internaz., Riv. dir. pubbl.,* 1915, p. 129 ss., spec. 158; von der LUHE H., *Die internationale juristische Person, Abhandlungen aus dem Seminar f. Völkerrecht u. Dipl. an der Univ. Göttingen,* 1931, p. 8 ss., 23, 53 e *passim,* e gli altri autori cit. da quest'ultimo, spec. p. 8 ss., nonché tutta la dottrina successiva delle «unioni di Stati».

B) Meno evidenti sono gl'indizi che denotano l'impossibilità di concepire gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale come persone giuridiche nell'ambito delle dottrine di minoranza [58], perché la concezione degli enti soggetti come persone giuridiche trova qui un terreno più favorevole. A ben guardare, però, la contraddizione si rileva ben presto anche in queste teorie nonostante tutti gli sforzi degli autori che le professano di costruire l'atteggiamento dell'ordinamento internazionale vero gli enti e la loro realtà sociale interna in modo tale che esso presenti il massimo grado di parallelismo con l'atteggiamento degli ordinamenti statuali verso le persone giuridiche [59].

È vero, infatti, che le dottrine moniste presentano un grado maggiore di coerenza al confronto con :la teoria dualista allorché contestano l'affermazione che l'ordinamento internazionale tenga un atteggiamento passivo nei confronti degli enti soggetti e della loro realtà sociale interna, ed affermano, al contrario, essere questa realtà sociale giuridicamente qualificata dall'ordinamento internazionale; essere gli ordinamenti statuali «derivati» da quest'ultimo; essere l'attività interna degli enti soggetti giuridicamente qualificata e delimitata; essere gl'individui membri titolari di diritti e doveri internazionali; ed essere infine - sempre per fermarci ai punti essenziali - gli «Stati» e gli enti assimilati «presupposti» dall'ordinamento internazionale non in qualità di meri fatti, ma nel senso che i loro ordinamenti sarebbero il «complemento» dell'ordinamento internazionale. Tutti questi postulati, però, che si riassumono per l'appunto nel monismo giuridico, somigliano fino ad un certo punto a quelli che dovrebbero essere gli elementi giustificativi della concezione degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale come persone giuridiche, specie se intese come il massimo esponente di queste dottrine se le raffigura. Si tratta invero di ben miseri surrogati. Perché la realtà interna degli enti soggetti è qualificata, sì, dall'ordinamento internazionale, ma *attraverso l'ordinamento interno* dell'ente: ordinamento questo che a sua volta è «derivato» - cioè «legittimato» - dall'ordinamento internazionale, ma *sulla base del c. d* «*principio dell'effettività*». Le attività interne degli enti soggetti sono, si, internazionalmente rilevanti come tali, ma solo nel senso che esse costituirebbero manifestazioni di «*libertà*» conferite dall'ordinamento internazionale agli enti soggetti. Gl'individui sono, sì, soggetti dell'ordinamento internazionale, ma soggetti «*indiretti*». E

---

[58] Le dottrine, cioè, che da un lato professano una concezione anti-organicistica (giuridica) delle persone giuridiche e dall'altro respingono il postulato dualista fondamentale della separazione fra diritto internazionale e diritto interno.

[59] La circostanza che questa parte della dottrina professi una nozione più rigorosamente giuridica delle persone giuridiche - e a nostro avviso più esatta -, e che il concetto degli enti soggetti del diritto internazionale si avvicini semmai di più - ma senza identificarvisi - alla nozione organicistica-realistica alla quale questa dottrina recisamente si oppone, dovrebbe a prima vista rendere più evidente, nell'ambito delle dottrine in esame, il divario fra il modo di essere degli enti soggetti e il concetto di persona giuridica sotto il quale vengono assunti. Ciò non avviene perché le teorie in questione riescono *apparentemente* a conciliare, nel quadro della concezione monista del diritto - e qui soltanto sta la loro maggiore coerenza -, l'atteggiamento dell'ordinamento internazionale nei confronti della realtà sociale interna degli enti soggetti e degli ordinamenti giuridici statuali con la concezione giuridica delle persone giuridiche che esse professano.

Fra *monismo* giuridico e concezione degli enti soggetti come *persone giuridiche* - le *vere* persone giuridiche, - corre, come si vedrà meglio nel corso della trattazione che segue (Parte II), un rapporto strettissimo d'interdipendenza. L'una sostiene l'altra. Il punto debole delle costruzioni moniste si rivela però al confronto con la realtà giuridica internazionale. Per converso, il punto debole della costruzione dualista è costituito dal concetto di persona giuridica (che i suoi rappresentanti a torto estendono agli enti soggetti), nonché dalla idetntificazione aprioristica di ciascun ente soggetto con lo Stato *grosso modo* corrispondente.

la natura di «effetti giuridici» degli enti soggetti deriverebbe anch'essa dalla «*legittimazione*» degli ordinamenti statuali sulla base del «*principio dell'effettività*». Tutte affermazioni che a parte. come s'è detto, la loro non conformità alla realtà giuridica internazionale, fanno delle «persone giuridiche» corrispondenti agli enti soggetti qualcosa di molto diverso dalle persone giuridiche in senso tecnico quali la stessa dottrina in esame le costruisce.

3. - I dubbi circa la legittimità della nozione degli enti soggetti professata dalla dottrina dominante non fanno che aggravarsi, poi, quando si consideri quell'aspetto della nozione stessa che consiste nella identificazione degli enti soggetti con le persone giuridiche degli Stati o degli enti assimilati dal punto di vista dei rispettivi ordinamenti interni. Anche da questo punto di vista la dottrina dominante presenta atteggiamenti incongruenti. Lasciando da parte l'esame di fenomeni che potremo considerare a fondo solo più avanti [60], ci limitiamo a rilevare un solo punto sul quale il contrasto con quella identificazione - oltre che con la nozione degli enti .soggetti come persone giuridiche puramente e semplicemente - ci sembra particolarmente evidente: l'ammissione della soggettività internazionale dei partiti-governi insurrezionali accanto a quella degli Stati colpiti dalla rivoluzione.

Al fenomeno della formazione, nell'ambito della «persona giuridica» corrispondente ad uno Stato dal punto di vista interno, di un partito-governo insurrezionale che contenda il potere at governo legittimo (dal punto di vista del diritto statuale) e consegua, nel corso della lotta civile, un certo grado di stabilità e consistenza, la dottrina e la prassi internazionalistica ricollegano concordemente l'effetto dell'attribuzione al partito governo insurrezionale di una certa misura di soggettività giuridica internazionale. E a quanto pare si ritiene, dalla dottrina dominante, che non ci sia alcuna contraddizione fra l'ammissione di questa soggettività e l'identificazione dell'unico ente soggetto originario con la persona giuridica o l'ente storico-sociale «Stato» dal punto di vista interno.

Gli scrittori dualisti più o meno dichiarati e coerenti - che sono anche orientati, come si è detto, verso concezioni organicistiche delle persone giuridiche e dello Stato - fanno quadrare, se non erriamo, il fenomeno della soggettività del partito-governo insurrezionale con l'identificazione dell'ente soggetto originario con lo Stato del diritto interno, in base al ragionamento seguente (implicito). Inizialmente ci si trova in presenza di un ente Stato e di due ordinamenti: quello interno e quello internazionale, ciascuno dei quali assume l'ente Stato a soggetto per proprio conto. In seguito all'affermazione del partito-governo insurrezionale, si avrebbero, secondo la stessa dottrina, da un lato l'ente Stato e l'ente partito-governo insurrezionale, ciascuno con un proprio ordinamento, e dall'altro lato l'ordinamento internazionale. L'ente soggetto di diritto internazionale «Stato» corrisponderebbe sempre allo Stato originario dell'ordinamento interno; e l'ente soggetto nuovo corrisponderebbe all'ente storico-giuridico personificato (o non personificato) dall'ordinamento interno del partito-governo insurrezionale. Sicché rimarrebbe inalterata

l'identificazione di ciascun ente soggetto con l'ente corrispondente del *suo* diritto

[60] V. la Parte III.

interno [61]. I monisti, per parte loro - i quali, data la concezione della persona giuridica che professano, tendono a identificare gli enti soggetti più o meno integralmente con i rispettivi ordinamenti - , ragionano, *mutatis mutandis,* in modo analogo. originariamente si aveva un ordinamento solo, quello dello Stato. ordinamento legittimato (derivato) dall'ordinamento internazionale nell'ambito personale-territoriale dello Stato così come questo si presentava ante-insurrezione. Ad. un certo punto, venuto «effettivamente» meno in un dato ambito quest'ordinamento - e subentrato al suo posto (in quello stesso ambito) un ordinamento nuovo più o meno stabile -l'ordinamento internazionale legittimerebbe due ordinamenti al posto di uno solo entro l'ambito totale [62].

A) Per cominciare dal ragionamento implicito nella dottrina di maggioranza, il fatto che esso non giustifichi - ed anzi smentisca - l'identificazione dell'ente soggetto originario con lo Stato del diritto interno appare evidente quando si consideri che la giustificazione dell'identificazione andrebbe trovata rispetto al fenomeno storico-giuridico statuale originario e non nell'ordinamento interno nuovo. Dal punto di vista della formazione statuale originaria, alla situazione di partenza - costituita dall'esistenza di un solo ente corrispondente alla realtà storico-giuridica «Stato» dal punto di vista interno e dalla sua duplice soggettività giuri dica interna ed internazionale - succede, in seguito al riconoscimento della soggettività degl'insorti, una situazione che dal punto di vista dell'ordinamento internazionale è costituita di due enti soggetti ma sempre di un ente soggetto solo dal punto di vista dell'ordinamento statuale originario: ente questo che sino a quando l'ordinamento statuale originario non subisca per proprio conto certe modifiche (teoria dualista) continuerà a presentare la consistenza originaria. Che è quanto basta per provare che l'identificazione dell'ente soggetto originario con lo Stato è infondata.

Si confrontino, rispetto ad una ipotesi del genere di quella insurrezionale, la persona giuridica di un Comune (provincia, regione, Stato membro) nell'ambito di un ordinamento statuale, e la c. d. persona giuridica di uno «Stato» - quello cinese, per esempio - nell'ambito dell'ordinamento internazionale. Si può dire nel caso del Comune che l'ente soggetto corrispondente al Comune, e cioè - stando per il momento alle concezioni organicistiche delle persone morali che la maggior parte dei dualisti professano - i vari elementi costitutivi del sostrato del Comune considerato dal punto di vista dell'ordinamento dello Stato (popolazione, territorio, organizzazione, patrimonio) corrispondono al «sostrato» dell'ordinamento del Comune stesso - cioè al sostrato della persona giuridica considerata dal punto di vista del suo stesso ordinamento -, perché è inconcepibile che non vi sia coincidenza fra le due entità. È inconcepibile, cioè che vi sia una qualsiasi variazione nell'identità o consistenza dell'ente soggetto dal punto di vista dell'ordinamento dello Stato alla quale non corrisponda esattamente - e contemporaneamente - una variazione nello stesso senso dal punto di vista dell'ordinamento del Comune. Se ad un certo punto nell'ambito del Comune si producesse - tanto per fare un'ipotesi - un movimento illegale d'un gruppo mirante a distaccare una frazione in Comune autonomo, in tanto si produrrà, nell'ambito dell'ordinamento dello Stato, il fenomeno della nascita di una nuova persona giuridica

[61] V., su questo fenomeno, *infra*, p. 182 ss. e la Parte III.
[62] V. i ll. cit. alla nota prec.

distinta e contrapposta all'antica, in quanto l'ordinamento comunale abbia subito o subisca contemporaneamente delle variazioni, per cui risulti eventualmente ridotta o comunque modificata la sua consistenza personale, territoriale, organizzativa, patrimoniale. Sicché il Comune nuovamente creato nulla toglie al Comune unico preesistente, che al momento della nascita del primo risulta già o contemporaneamente modificato nella sua composizione materiale e giuridica. Se consideriamo, invece, il fenomeno verificatosi in Cina dopo l'ultimo conflitto

mondiale per effetto della contrapposizione al governo nazionalista «legittimo» dal punto di vista dell'ordinamento cinese stesso) del partito-governo insurrezionale di Mao-tze, e della coesistenza delle due entità l'una di fronte all'altra per un certo periodo, il fatto che il partito-governo insurrezionale abbia acquistato - come non vi è dubbio che abbia fatto - la soggettività giuridica internazionale *in costanza,* durante l'intero periodo, dell'ordinamento cinese originario che «determinava» lo Stato cinese con tutta la sua popolazione, territorio, organizzazione ecc. (ivi compresa la parte di ciascun elemento «incorporata» dal partito-governo insurrezionale), esclude che anche prima dell'insurrezione si potesse identificare l'ente soggetto di diritto internazionale *grosso modo* corrispondente alla «Cina» - quale allora si presentava nella sua integrità - con l'ente corrispondente all'intera popolazione, territorio, organizzazione ecc. dello *Stato cinese.* Ciò sarebbe possibile solo a patto che l'ordinamento internazionale non riconoscesse altro ente soggetto al di fuori di quello che dà un certo momento era lo Stato cinese *senza aver prima modificato* - prima o contemporaneamente all'assunzione del nuovo ente a persona - la composizione e struttura giuridica dello Stato originario. Ma una volta ammesso che il mero fatto del costituirsi dell'ente insurrezionale - ferma restando l'antigiuridicità della situazione da esso determinata nell'ambito dell'ordinamento statuale originario - sia condizione sufficiente per l'esistenza di un nuovo ente soggetto e la modifica di quello originario, l'ente soggetto dato non può logicamente identificarsi più con l'entità di diritto interno: esso deve identificarsi con qualcosa di diverso dalla persona giuridica statuale. E si vedrà che si tratta di una entità qualitativamente e quantitativamente diversa.

B) Quanto alla teoria dei monisti, la costruzione non trova conferma nella realtà giuridica dello Stato originario, il cui ordinamento non subisce una riduzione spaziale-personale di validità corrispondente alla «competenza» dell'ordinamento insurrezionale per effetto *automatico* della effettiva riduzione spaziale-personale di efficacia determinatasi, ma può continuare ad aver vigore giuridico-formale per un periodo più o meno lungo [63]. In teoria si ricorre, al solito, al c. d. «principio di effettività»:principio che, a prescindere dai dubbi che si possono sollevare circa il suo valore e la sua portata giuridica, certamente non trova applicazione nell'eventuale fenomeno parallelo nell'ambito d'un ente morale di diritto interno [64]. Ma qui conviene fermarsi.

---

[63] Insegni il caso della secessione delle undici colonie americane dalla Gran Bretagna (sul quale *infra,* p. 178, nota 13). Si noti che questo argomento ha tanto più valore quanto più si accentua, come fa il KELSEN, il carattere «normativo» del diritto.

[64] Per tornare all'esempio precedente, nel caso di un Comune nell'ambito dell'ordinamento statuale. in tanto si può parlare d'identità fra quell'ordinamento o «strumento tecniche» che è il Comune considerato dal punto di vista dell'ordinamento statuale e dell'ordinamento o strumento tecnico che il Comune costituisce in sé e per sé, in quanto ad ogni variazione dal primo punto di vista corrisponda una variazione parallela dal punto di vista opposto e convergente:

4. - Le incongruenze rilevate - e non si tratta che di rilievi preliminari -, aggiunte all'atteggiamento prevalentemente negativo tenuto dalla dottrina riguardo al problema stesso, giustificano che ci si ponga almeno il compito della verifica della nozione dominante. E tale verifica va condotta sui due postulati fondamentali nei quali questa si riassume: la concezione degli enti soggetti come persone giuridiche in senso tecnico e l'identificazione di ciascun ente soggetto con l'«istituzione» o l'ente reale corrispondente dal punto di vista interno.

Nel condurre questa indagine, ci atterremo a tre condizioni legate fra loro ed alle quali la dottrina non si attiene sempre. Primo: impostare decisamente il problema della nozione degli enti soggetti dal punto di vista dell'ordinamento internazionale sulla base del principio che ogni scienza ha il compito di procedere per proprio conto, sino a quando ciò sia utile, alla conoscenza del proprio oggetto. Secondo: scartare ogni identificazione aprioristica dell'essenza e struttura degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale con l'essenza e la struttura di fenomeni che nulla autorizza, sino a prova contraria, a considerare come identici o analoghi, ossia gli Stati e le persone giuridiche del diritto interno. Terzo: prescindere dalla qualificazione che certi fatti possano ricevere nell'ambito del diritto interno, procedendo - quale che sia il rapporto fra diritto internazionale e diritto interno - sulla base esclusiva della realtà giuridica internazionale quale risulta all'osservazione scientifica o quale la stessa dottrina se la raffigura negli aspetti che abbiano comunque rilevanza ai fini della nozione ricercata [65].

La trattazione che segue è divisa in due parti. La prima è dedicata alla verifica della concezione degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale come persone giuridiche in senso tecnico in genere. Problema che costituisce il punto più importante sia per l'accertamento del modo di essere degli enti soggetti in sé, sia per lo studio della dinamica del fenomeno soggettivo, sia infine per la determinazione della «base sociale» e per la teoria generale dell'ordinamento [66]. La seconda parte è dedicata alla ricerca di una nozione degli enti soggetti basata sui risultati conseguiti nella prima e sulla revisione delle teorie degli elementi «costitutivi» degli enti soggetti [67], ed all'applicazione della nozione raggiunta agli aspetti più importanti della dinamica della soggettività giuridica internazionale (insurrezione e colpo di Stato, identità dell'ente soggetto, comitati nazionali, governi in esilio, ecc.) [68].

La parte (II) che segue immediatamente, contiene un capitolo sul concetto di persona giuridica, un capitolo dedicato al confronto del modo di essere degli enti soggetti

---

che è quello che per l'appunto avviene. Nel caso della Cina ora ricordato, questa corrispondenza non si rinviene affatto nella coesistenza di quella che . monisti chiamano la «legittimazione» o «derivazione» dall'ordinamento internazionale dell'ordinamento del c. d. «Stato» cinese originario con la legittimazione o derivazione dell'ordinamento corrispondente al partito-Governo insurrezionale. L'ordinamento dello Stato cinese originario ha conservato almeno per un certo periodo la sua sfera di validità spaziale-personale, nonostante la pretesa del partito-governo insurrezionale di sostituirvi il proprio.

[65] Di queste esigenze non tiene conto quella dottrina che pur ammettendo l'esistenza del problema della nozione degli enti soggetti, si lascia fuorviare dalla parola «Stato» ed imposta senz'altro il problema che giustamente si pone sul piano vago della teoria generale dello Stato. E questo l'errore dell'HORNEFFER, *Die Entstehung des Staates*, Tübingen, 1933, p. 1015.

[66] *Supra*, p. 7, 23 s., 30 s.

[67] *Supra*, p. 7 s., 9.

[68] *Supra*, p. 8 s.

con quello delle persone giuridiche dai punti di vista più salienti (formazione, estinzione, posizione dei membri, mezzi di azione e giuridicamente rilevante), ed un capitolo conclusivo sul confronto e sulle conseguenze che ne derivano per la teoria generale dell'ordinamento e per l'indagine successiva.

PARTE SECONDA
IL CONCETTO DI PERSONA GIURIDICA E LA NOZIONE DEGLI ENTI SOGGETTI

CAPITOLO I
LA PERSONA GIURIDICA

SOMMARIO: *Sezione prima:* La concezione dominante. – *Sezione seconda*: L'essenza e la funzione della persona giuridica - *Sezione terza:* Persone giuridiche, persone reali e base sociale dell'ordinamento. – *Sezione quarta:* La persona giuridica dello Stato (diritto interno) – *Sezione quinta:* Gli agenti delle persone giuridiche inferiori e dello Stato (diritto interno).

SEZIONE I. - LA CONCEZIONE DOMINANTE

SOMMARIO: 1. Dubbi sulla fondatezza della concezione dominante della p. g. Piano dell'indagine.

1.- La dottrina internazionalistica dominante si contenta di un concetto rudimentale di persona giuridica che coincide in sostanza con quello di ente diverso dall'uomo o «collettivo» . Il tratto distintivo sarebbe costituito dalla diversità di sostrato materiale della soggettività. Nel caso delle persone fisiche, questo sostrato sarebbe costituito da un essere umano, dotato di certe caratteristiche. Nel caso delle persone giuridiche, al posto del sostrato materiale costituito da un uomo si troverebbe un sostrato ugualmente materiale costituito dal gruppo d'uomini, dal patrimonio, dall'organizzazione effettiva, da un elemento ideale quale l'opera, l'interesse collettivo o lo scopo, oppure da due o più di questi elementi. È perfettamente naturale, quindi, che gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale, che in epoca moderna si presentano nella maggior parte come delle collettività d'individui vengano senz'altro collocati nella categoria degli enti morali. Al fatto che dal punto di vista giuridico gli enti in questione presentino certi elementi differenziali rispetto alle persone giuridiche del diritto interno non si da un peso decisivo.

Secondo il nostro modo di vedere, invece - e non soltanto nostro -, la caratteristica essenziale degli enti che nei moderni ordinamenti statuali ricevono la qualifica di persone giuridiche non risiede in una diversità di ordine materiale dell'ente. Essa risiede piuttosto nella circostanza che l'ente corrispondente alla persona giuridica - posto che si possa parlare di un ente-soggetto in tali condizioni - non s'identifica con un'entità materiale data, ma è costituito invece da un'entità meramente giuridica in funzione di centro strumentale d'imputazione; entità che - posto che di entità giuridiche si possa parlare - più che alle persone fisiche, intese come soggetti corrispondenti ad esseri umani, si contrappone alle *persone reali* intese come soggetti corrispondenti ad *entità extra-* o *pregiuridiche.*

Nelle pagine che seguono cerchiamo di giustificare questa concezione considerando l'uno dopo l'altro il problema dell'essenza della persona giuridica e della sua funzione *(Sezione II*); la distinzione fra persone giuridiche e persone fisiche o reali *(Sezione III);* la persona giuridica dello Stato *(Sezione IV);* e infine il modo come le persone giuridiche partecipano al commercio giuridico *(Sezione V)*[69].

---

[69] (1) Per il concetto di persona giuri[69]dica faremo riferimento agli enti che ricevono tale qualifica nel diritto interno, per l'ovvia ragione che è dalla teoria del diritto interno che la dottrina internazionalistica trae la sua nozione degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale come persone giuridiche, ed è comunque sulla base della teoria del diritto interno che sono costruiti i concetti con i quali la scienza internazionalistica opera. Il riferimento alla categoria delle persone giuridiche del diritto interno va tuttavia precisato.

La massima delle persone giuridiche del diritto statuale è proprio, come è noto, la persona giuridica corrispondente allo Stato ed è in un certo senso della nozione dello «Stato» dal punto di vista del diritto internazionale che noi ci occupiamo, sia pure lasciando a questo termine il significato più vago possibile. La nostra indagine, quindi, dovrebbe vertere essenzialmente sul problema della persona giuridica dello Stato stesso. È facile rendersi conto, però, che la persona giuridica dello Stato c'interessa a rigore solo come una delle tante persone giuridiche e non in quanto essa corrisponderebbe al soggetto di diritto internazionale. Il problema che ci poniamo è quello della possibilità o meno

di concepire gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale come persone giuridiche internazionali ossia come persone giuridiche dal punto di vista di quell'ordinamento che tutti li sovrasta e nell'ambito del quale essi godono della qualità di soggetti. Ora, nell'ambito di un ordinamento statuale considerato in sé e per sé - cioè assunto come originario -, il problema parallelo è quello delle persone giuridiche considerate dal punto di vista dell'ordinamento superiore: che e il problema, per l'appunto, di tutte le persone giuridiche ad eccezione dello Stato stesso. La nozione della persona giuridica dello Stato dal punto di vista del diritto statuale assunto come originario è il problema che potrebbe porsi per qualsiasi persona giuridica considerata dal punto di vista del suo stesso ordinamento assunto come originario, ed il parallelo del quale nell'ambito dell'ordinamento internazionale sarebbe semmai la costruzione dell'eventuale persona giuridica corrispondente alla comunità internazionale tutta intera.

Vero è che gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale prendono proprio il nome di «Stati» e in un certo senso corrispondono, *grosso modo,* a Stati. Senonché, è proprio in gran parte dalla questione di sapere se essi siano configurabili o meno come persone giuridiche in senso tecnico dal punto di vista dell'ordinamento internazionale, che dipende la soluzione della questione di sapere se essi coincidano *esattamente* con gli «enti morali» di diritto interno corrispondenti agli Stati. Conseguentemente, ci occuperemo del concetto generale di persona giuridica più che del concetto dello Stato, anche se non mancheremo di verificare l'esattezza della nozione generale agli effetti .della nozione della persona giuridica dello Stato, sia per giustificare anche rispetto a quest'ultima la concezione generale delle p.g., sia per chiarire il diverso rapporto che sussiste fra Stato-persona e diritto interno da una parte e «Stato»-soggetto e diritto internazionale dall'altra. Come si vedrà, quel che vale per le persone giuridiche considerate nell'ambito dell'ordinamento statuale superiore vale anche per la persona giuridica dello Stato dal punto di vista del suo stesso ordinamento (sez. III).

6969

SEZIONE II. - L'ESSENZA E LA FUNZIONE DELLA PERSONA GIURIDICA

SOMMARIO: § I. *Ente e soggettività giuridica nella teoria degli enti morali*: 2. Confusione dominante fra i due termini del problema e conseguenze che ne derivano. Necessità di accertare innanzi tutto la natura del c.d. sostrato della p. g. e del suo rapporto con l'ente. - § II. *L'ente soggetto come centro artificiale (giurdico) d'imputazione:* 3. Teorie giuridiche e teorie extragiuridiche dell'ente soggetto. - 4. Difetti d'impostazione di entrambe e specialmente delle teorie organiche e dell'ente reale. Critica di quest'ultime sul piano generale e con particolare riguardo alla nascita, alle modificazioni ed all'estinzione della p. g. - 5. *A*) La costituzione delle p. g. private e pubbliche come fenomeno giuridico. - 6. *B*) Conferma della natura giuridica del fenomeno nei casi di modificazioni di struttura e di crisi delle p. g. - 7. *C*) Natura giuridica dell'estinzione e dei mutamenti dell'ente e dei fenomeni connessi. - 8. La persona giuridica come centro meramente giuridico d'imputazione. - 9. Sostanziale concordanza di questa conclusione con le concezioni giuridiche degli enti morali. Limiti di tale concordanza specie in tema di personalità dei gruppi di fatto. - § III. *La soggettività della p. g. come titolarità strumentale di situazioni soggettive:* 10. Natura strumentale della soggettività degli enti morali e funzione dello statuto. Sostanziale concordanza con le teorie giuridiche e suoi limiti.

§ I. - *Ente e soggettività giuridica nella teoria degli enti morali*

2. - Il fenomeno della soggettività giuridica delle persone fisiche presenta due termini essenziali facilmente individuabili: da un lato un ente al quale il fenomeno della soggettività fa capo e dall'altro una qualificazione o insieme di qualificazioni giuridiche. E poiché l'ente è l'unità fisio-psichica data, è agevole distinguere il termine giuridico dal termine materiale del fenomeno[70]. Le cose stanno invece diversamente per le persone giuridiche soprattutto a causa della difficoltà di individuare l'ente e di determinare il rapporto fra l'ente e il diritto.

Si può affermare con un notevole grado di sicurezza che ci si trova di fronte ad un fenomeno di soggettività giuridica nel senso generico di polarizzazione di situazioni giuridiche: situazioni abilitanti o situazioni soggettive concrete. Ci si può contentare, a questo fine, del dato di fatto dell'esistenza di diritti o doveri che, almeno formalmente, fanno capo ad un centro di riferimento diverso dai singoli, ed ai quali non corrispondono, almeno a prima vista, situazioni-quota individuali determinate dei membri-agenti[71]. Questo dato può denotare, però, tanto l'esistenza di un fenomeno di soggettività vera e propria, analoga a quella che fa capo ad una persona fisica, quanto un fenomeno di soggettività formale risolventesi successivamente in diritti e doveri d'individui. E la soluzione di tale quesito si risolve nella questione di sapere che cosa sia esattamente il centro di riferimento: che è l'altro termine del fenomeno e il più problematico. Se alla « soggettività» corrisponde un centro materiale, si potrà dire che siamo di fronte a un fenomeno di soggettività vera e propria, analoga a quella degl'individui Se un'entità del genere non si trova, si tratterà d'un fenomeno puramente giuridico di soggettività strumentale[72].

---

[70] *Supra*, p .13.

[71] Su questo importante elemento. *infra*, p. 90 ss.

[72] La distinzione fra i due termini del fenomeno nella soggettività delle persone fisiche e la percezione del nesso che lega i due stessi termini nel caso della persona giuridica è a nostro avviso essenziale per l'impostazione del problema degli «enti collettivi»: e ciò indipendentemente dalla conclusione alla quale si giunga in merito alla corrispondenza o meno della persona giuridica ad un'entità reale distinta dagl'individui membri-organi, ed alla quale la soggettività giuridica faccia capo. È proprio a causa della scarsa percezione di questa distinzione che la maggior parte della dottrina crede di risolvere il problema della persona giuridica «giuridicamente», affermando che la soggettività è un «effetto giuridico». Ma che la soggettività - in senso astratto o concreto - sia un fenomeno giuridico, è ovvio ed è stato ripetuto a sazietà. Il problema della persona giuridica non è qui, ed è inutile fermarsi su questo punto che attiene alla teoria generale della soggettività e non a quella delle persone giuridiche.

Un esempio tipico dell'atteggiamento dominante è l'obbiezione che si trova mossa da vari autori alla teoria della finzione: che la soggettività giuridica c'è, come fenomeno giuridico. Il LABAND, p.es., *Deutsches*

La dottrina, che si divide fra queste due alternative, ha il torto a nostro avviso di risolvere il problema dell'ente-soggetto corrispondente alla persona giuridica - il c. d. «sostrato» - nella questione di sapere se l'ordinamento giuridico possa o non possa assumere a soggetti entità diverse dagli esseri umani e nell'affermativa se un *quid* reale «sottostia» al fenomeno. Gli autori che ammettono una possibilità del genere trovano sempre da qualche parte un'entità reale data, la identificano senz'altro con il centro d'imputazione, ed affermano quindi trattarsi di soggettività quid reale in senso finale. Altri negano invece la possibilità della soggettivizzazione di enti diversi dall'uomo, negano che al fenomeno di soggettività corrisponda un'entità reale diversa dagli individui membri-agenti, ed affermano trattarsi di un fenomeno di soggettività strumentale. Secondo il nostro modo di vedere, le due correnti hanno - come sempre succede - entrambe torto ed entrambe ragione. La prima è nel giusto quando afferma la possibilità della soggettivizzazione di gruppi - possibilità che nessuna ragione logica o pratica esclude - ma ha torto quando pretende di dedurre senz'altro da questa possibilità che il «sostrato» umano, materiale o sociale (più o meno corrispondente a quello previsto dallo statuto della persona giuridica), s'identifica con l'ente soggetto. Essa ha torto di conseguenza, quando parla di soggettività vera e propria di un ente «diverso dall'uomo». La seconda ha ragione quando risolve la persona giuridica in una entità giuridica e nega che ad essa corrisponda un ente-soggetto reale, ma ha il torto di far poggiare questa conclusione sulla negazione aprioristica della possibilità di soggettivizzazione di enti diversi dagli esseri umani. Tutto ciò dovrebbe risultare da quel che segue. Prima per quanto riguarda l'ente. Poi per la soggettività.

§ II. - *L'ente soggetto come centro artificiale (giuridico) d'imputazione.*

3. - Non è facile trovare un criterio di classificazione assoluto delle innumerevoli costruzioni [73]. Se si considerano però le varie teorie delle persone giuridiche da un punto di vista gi*uridico*, si possono individuare due tendenze principali nella contrapposizione delle quali si colgono i termini essenziali del problema. In un primo gruppo si collocano le teorie - quelle dei nostri padri - che tendono a considerare la persona giuridica come un'entità creata dal diritto. In un secondo gruppo vanno poste le teorie che, quale che sia la parte che assegnano al diritto nella essenza e nella costituzione della persona giuridica,

---

Reichsstaatsrecht, Tübingen, 1912, p. 26, n. 1, critica i teorici della «funzione» osservando che «Das Recht ist nur ein Welt von Vorstellungen»... e che «Auch die Persönlichkeit des Menschen ist nur eine Rechtsvorstellung»; e FADDA e BENSA, *Note* a Windscheid cit., p. 718, osservano che e la persona è sempre *giuridica* sia che si tratti dell'uomo individuo (!) sia che si tratti dell'uomo associato (!)». Ma la questione è quella di sapere che cosa sia *l'ente soggetto*, non che cosa sia la *soggettività*, anche se dalla soluzione positiva o negativa della questione di sapere se vi sia un ente reale soggetto dipenda anche la esatta definizione del fenomeno di soggettività. I teorici della finzione alludono all'ente al quale la soggettività fa capo, non alla qualità giuridica di soggetto. Ed all'ente alludono i teorici realisti che parlano di persona «reale», di «realtà collettiva», di «patrimonio» di «volontà sociale» ecc. Criticare gli uni o gli altri richiamandosi al carattere «giuridico» della soggettività (intesa come la qualità di soggetto in senso astratto o concreto) ed alla realtà del fenomeno giuridico come « Vorstellung» non significa nulla. Altri esempi di questa argomentazione sono in JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, terza ediz., p. 169-73; in BURCHARD, *Zur Lehre von den Juristischen Personen*, nella *Grünhuts Zeitschrift*, 1891, p. 7; in FERRARA, *Le persone giuridiche*, 1938, p. 29-31.

Nella stessa confusione incorre il FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici* cit., p. 62 ss., 123, che finisce così per non vedere nemmeno lui la differenza a nostro avviso essenziale tra persone fisiche e giuridiche (v. *infra*, sez. III).

[73] Cfr. DE FRANCESCO, *Persona giuridica*, nel *Nuovo Digesto Italiano*, IX, 1939, p. 934.

considerano come parte di questa, ossia «sostrato» della soggettività, un qualche elemento extragiuridico.

La linea di demarcazione fra i due gruppi di teorie non è netta, sia perché il numero delle costruzioni è tale da coprire tutte le sfumature immaginabili delle concezioni giuridiche e di quelle organiche, sia perché son poche le costruzioni classificabili in linea di massima in uno dei due gruppi nelle quali non faccia capolino a un certo punto un'affermazione che basta da sola a portare l'intera teoria in campo opposto[74]. Procediamo quindi per approssimazione[75]. Fra le teorie giuridiche o tendenzialmente giuridiche collochiamo quelle che, pur non tenendosi sempre fedeli al punto di partenza, si raffigurano in sostanza l'*ente* corrispondente alla persona giuridica come un fenomeno diverso da quelli naturali o sociali

stricto sensu; e quindi, almeno tendenzialmente, come un fenomeno giuridico: la teoria della *finzione*[76], la teoria del «*punto di relazione»(Beziehungspunkt)* e quella simile della «*parentesi algebrica»*[77], la teoria del *rapporto giuridico*[78] e quella dello a «strumento», «procedimento » o «apparato tecnico»[79], che è in fondo la formulazione

---

[74] Ciò rende particolarmente difficile, alle volte, la valutazione delle teorie dei singoli autori o scuole, che si prestano ad interpretazioni diverse. V., p. es., le divergenti classificazioni del FERRARA, *Teoria* cit., 1923, p. 131 ss.; e del WOLFF, *Juristische Person und Staatsperson,* Berlino, I, 1933, p. 1-87

[75] Per una dicotomia su un criterio diverso da quello adottato nel testo - che non è la distinzione fra «*realtà*» e «*astrattezza*» (entrambe categorie del mondo extragiuridico) ma fra «*extragiuridicità*» (materialità, realtà in senso lato) e «*giuridicità*», v. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici* cit., p. 95 ss., il quale utilizza la bipartizione comune tra «finzione» e « realtà», adottata tra gli altri dal COVIELLO L., *Manuale di diritto civile it.* cit., p. 196. Lo HOLD v. FERNECK, *Op. cit., infra,* nota 10, distingue invece (p. 246-47) tre gruppi di teorie: teorie della «finzione», teorie della «realtà» e teorie dell'«astrazione». Vedremo che dal punto di vista giuridico il terzo gruppo di teorie non differisce in sostanza dal secondo a meno che non s'intenda 1'«astrattezza» nel senso di «giuridicità».

[76] Ora fuori moda, risale, come è noto, a parte le derivazioni romanistiche e canonistiche (Cfr. DEGNI, *Le persone giuridiche,* ed. lit., Padova, 1939-40, p. 3), al SAVIGNY, *Il diritto romano,* trad. Moschitti, L. II, C. II, §§ IX e IXXXV (risp. p. 122 e 235), ed è seguita da uno stuolo foltissimo di autorevoli giuristi europei continentali, fra i quali l'UNGER, *System des österreichischen allg. Privatrechts,* I, Lipsia, 1856, p. 313 ss., spec. 316 e Zur *Letzre von den juristischen Personen, Kritische Uberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft,* VI, Monaco, 1859, p. 147-188, spec. 166; WINDSCHEID B., *Diritto d. Pand.,* I, p. I, tr. it. Fadda e Bensa, Torino, 1902, 206 ss. (§ 49), e 232 ss. (§ 57), spec. 211, 232; PEROZZI, *Istituz. di dir. rom.,* 2ª ed., I, p. 565 ss. Ma v., per la dottrina italiana, la nota 19.

La stessa teoria («artificialità»), è seguita anche oggi dalle scuole inglese e americana, che non hanno subito l'influsso delle teorie della realtà. V., per es., HOLLAND, T. E., *Elements of Jurisprudence,* Oxford, 1924, p. 340 ss.; BLACKSTONE, W., *The Commentaries on the Laws of England,* Londra, 1876, I, p. 446 ss.; WILLOUGHBY, *The fundamental Concepts of public Law,* New York, 1924, p. 29 ss.; FARNSWORTH, A., *The Residence and Domicil of Corporations,* Londra, 1939, p. 53 ss.*;* JENKS, E., *A Digest of English Ciwil Law,* 17ª ed., Londra, 1942, p. 45. Di tendenza piuttosto «realista», ma molto attenuata, è invece il POLLOCK, *F., Has the Common Law received the fiction Theory of Corporations?, Law QuarterlyReview,* XXVII, p. 219 ss.; *A first Book of Jurisprudence,* Londra, 1929, 114-122

[77] La teoria del «Beziehungspunkt» risale al RÜMELING, G., *Methodisches über juristische Personen,* Frib., 1891, p. 9, 18, 59 ss., 81, seguito dal MAYER, O., *Destsches Verwaltungsrecht,* II, Lipsia, 1896, p. 366 ss. La teoria della «parentesi in algebra» è dovuta al KORKOUNOV, C*ours de théorie générale du droit,* Parigi, 1903, p. 223-24.

Con queste concezioni presentano molti punti di contatto sia la teoria del KELSEN, opere e luoghi cit. i*nfra,* nota 11, ma spec. *Allgemeine Staatslehre* cit., p. 65, sia quella del KOCOUREK, *Jural Relations,* Indianapolis, 1927, p. 57, soprattutto per il concetto di «Zurechnungspunkt» del primo e l'idea del «conceptual point of reference» del secondo.

[78] La teoria del «Beziehungspunkt» risale al RÜMELING, G., *Methodisches über juristische Personen,* Frib., 1891, p. 9, 18, 59 ss., 81, seguito dal MAYER, O., *Destsches Verwaltungsrecht,* II, Lipsia, 1896, p. 366 ss. La teoria della «parentesi in algebra» è dovuta al KORKOUNOV, C*ours de théorie générale du droit,* Parigi, 1903, p. 223-24.

Con queste concezioni presentano molti punti di contatto sia la teoria del KELSEN, opere e luoghi cit. i*nfra,* nota 11, ma spec. *Allgemeine Staatslehre* cit., p. 65, sia quella del KOCOUREK, *Jural Relations,* Indianapolis, 1927, p. 57, soprattutto per il concetto di «Zurechnungspunkt» del primo e l'idea del «conceptual point of reference» del secondo.

[79] La teoria del «Beziehungspunkt» risale al RÜMELING, G., *Methodisches über juristische Personen,* Frib.,

più seria e appropriata del concetto che tutte queste teorie tendono ad esprimere[80]. Fra le teorie del secondo gruppo includiamo invece le teorie antropomorfiche, organiche o della realtà (organismi sociali, persone reali, collettive)[81], le teorie della volontà collettiva[82] o astratta[83], quella dell'«ente ideale»[84], quella del patrimonio allo scopo[85], e quella dell'istituzione od organizzazione[86], nonchè le varie teorie che in un modo o nell'altro vedono l'ente soggetto nel cosiddetto «substrato» materiale inteso come collettività degli associati, patrimonio, scopo, interesse, opera, oppure uno o più di questi elementi mate-

---

1891, p. 9, 18, 59 ss., 81, seguito dal MAYER, O., *Destsches Verwaltungsrecht,* II, Lipsia, 1896, p. 366 ss. La teoria della «parentesi in algebra» è dovuta al KORKOUNOV, C*ours de théorie générale du droit,* Parigi, 1903, p. 223-24.

Con queste concezioni presentano molti punti di contatto sia la teoria del KELSEN, opere e luoghi cit. i*nfra,* nota 11, ma spec. *Allgemeine Staatslehre* cit., p. 65, sia quella del KOCOUREK, *Jural Relations,* Indianapolis, 1927, p. 57, soprattutto per il concetto di «Zurechnungspunkt» del primo e l'idea del «conceptual point of reference» del secondo.

[80] La ragione per cui qualifico come giuridiche o tendenzialmente giuridiche queste teorie è che sono presenti in tutte - più o meno chiare - sia l'idea della «strumentalità» dell'istituto e del carattere giuridico e non materiale del fenomeno, sia l'esclusione di ogni elemento extragiuridico dall'essenza dell'ente: idee che trovano espressione, in un certo senso, nel termine improprio di «enti astratti» adoperato spesso anche dagli organicisti. «Realiste» sono state definite, com'è noto, le teorie che fanno capo al Duguit, e in genere le teorie tendenti a ridurre il fenomeno dell'ente morale in termini di rapporti giuridici interindividuali. Ma l'aggettivo si presta ad equivoci per l'uso di qualificare come teorie «della realtà» quelle organiche e dell'ente reale in genere.

Delle costruzioni che includiamo nella categoria delle «extragiuridiche», le più vicine agli aspetti positivi delle teorie giuridiche sono quelle del FERRARA, del CICALA del MAJORCA e de! BARBERO, opere citate *infra* nota 19.

[81] La ragione per cui qualifico come giuridiche o tendenzialmente giuridiche queste teorie è che sono presenti in tutte - più o meno chiare - sia l'idea della «strumentalità» dell'istituto e del carattere giuridico e non materiale del fenomeno, sia l'esclusione di ogni elemento extragiuridico dall'essenza dell'ente: idee che trovano espressione, in un certo senso, nel termine improprio di «enti astratti» adoperato spesso anche dagli organicisti. «Realiste» sono state definite, com'è noto, le teorie che fanno capo al Duguit, e in genere le teorie tendenti a ridurre il fenomeno dell'ente morale in termini di rapporti giuridici interindividuali. Ma l'aggettivo si presta ad equivoci per l'uso di qualificare come teorie «della realtà» quelle organiche e dell'ente reale in genere.

Delle costruzioni che includiamo nella categoria delle «extragiuridiche», le più vicine agli aspetti positivi delle teorie giuridiche sono quelle del FERRARA, del CICALA del MAJORCA e de! BARBERO, opere citate *infra* nota 19.

[82] La ragione per cui qualifico come giuridiche o tendenzialmente giuridiche queste teorie è che sono presenti in tutte - più o meno chiare - sia l'idea della «strumentalità» dell'istituto e del carattere giuridico e non materiale del fenomeno, sia l'esclusione di ogni elemento extragiuridico dall'essenza dell'ente: idee che trovano espressione, in un certo senso, nel termine improprio di «enti astratti» adoperato spesso anche dagli organicisti. «Realiste» sono state definite, com'è noto, le teorie che fanno capo al Duguit, e in genere le teorie tendenti a ridurre il fenomeno dell'ente morale in termini di rapporti giuridici interindividuali. Ma l'aggettivo si presta ad equivoci per l'uso di qualificare come teorie «della realtà» quelle organiche e dell'ente reale in genere.

Delle costruzioni che includiamo nella categoria delle «extragiuridiche», le più vicine agli aspetti positivi delle teorie giuridiche sono quelle del FERRARA, del CICALA del MAJORCA e de! BARBERO, opere citate *infra* nota 19.

[83] ZITELMANN, *Begriff und Wesen der sogennanten juristischen Personen,* Lipsia, 1873, p. 21 ss., 79; GOROVTSEFF, *Etudes de sociologie du droit,* Vol. II; *Théorie du sujet de droit,* Parigi, 1928; CHIARELLI, *La pers. giur. del1e ass. grofess.,* Padova, 1931, p. 109 ss.; PERTICONE, *Appunti sulle pers. giur.,* Roma, 1932, p. 54 ss.

[84] ZITELMANN, *Begriff und Wesen der sogennanten juristischen Personen,* Lipsia, 1873, p. 21 ss., 79; GOROVTSEFF, *Etudes de sociologie du droit,* Vol. II; *Théorie du sujet de droit,* Parigi, 1928; CHIARELLI, *La pers. giur. del1e ass. grofess.,* Padova, 1931, p. 109 ss.; PERTICONE, *Appunti sulle pers. giur.,* Roma, 1932, p. 54 ss.

[85] BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten,* 2ª, I, Erlangen, 1884, § § 59-63, p. 222 ss., spec. 230-33; III, seconda parte, 1888, § 432 ss., p. 453 ss.; DEMELIUS, *Ueber fingirte Persönlichkeit,* negli J*hering's Jahrbücher,* IV, 1861, p. 113-158; BONELLI, Di *una nuova teorica della personalità guaridica.* nella *Rivista ital. per le Scienze giuridiche,* 189O, spec. p. 330, 358 ss.; e *La teoria della pers. giuridica,* nella *Rivista di dir. civ.,* 1910, p. 445 ss., 593 ss., spec. 614 ss. Concezioni queste molte vicine alle t. giuridiche.

[86] HAURIOU, *Principes de droit public,* Parigi, 1916, p. 108 ss.; ENNECCERUS, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts,* I, § 96, p. 229*;* ROMANO, *L'ordinamento giuridico,* Pisa, 1919, Roma, 1945, § § 11-20; e *Frammenti di un dizionario giuridico,* Milano, 1947, voci *Realtà giuridica* (p. 204 ss., spec. 205, 207) e *Organi* (p. 145 ss., spec. 148); PERASSI, *Introduzione alle Scienze giuridiche* cit., p. 47.

riali o ideali insieme[87]. Costruzioni che, a parte le infinite loro sfumature, hanno in comune la caratteristica d'includere nell'essenza della persona giuridica un numero più o

[87] È in queste concezioni che ricadono prima o poi buona parte delle teorie che muovono dalla critica delle teorie della realtà per fermarsi poi a metà strada Vi ricade, senza dubbio, il FERRARA, F., *Diritto civ. ital.*, I, parte I, Roma 1921, spec. p. 607-610 testo e nota 1; *Teoria delle pers. g.* cit., 1923 nel *Trattato* del FIORE, spec. p. 368, 388, e *Le persone giuridiche,* 1938, nel *Trattato* del VASSALLI, spec. p. 29-35 e 40 ss., il quale dopo avere scartato sia le teorie giuridiche sopra enumerate, sia quelle realistiche, ci dice sì, ed a ragione, che la personalità giuridica è una creazione del diritto, ma finisce per vedere anche lui come i teorici dell'ente reale il «substrato» di questa personalità nella «collettività degli associati» o nel «patrimonio destinato ad uno scopo» a seconda del tipo di persona giuridica. Messa dunque da parte la qualità di soggetto, per la quale siamo perfettamente d'accordo che si tratti di un'entità giuridica, nella teoria del Ferrara non resta che il «substrato» («collettività dei membri» nelle associazioni e «serie degli amministratori» nelle fondazioni, e in un secondo tempo la collettività ridotta ad «unità ideale» nelle prime e l'«opera» nelle seconde). I casi, quindi, sono due: o il sostrato è l'ente, ed allora non si vede in che cosa questa teorica differisca da quelle che vedono l'ente personificato nella collettività dei membri o ne1 patrimonio; oppure, come sembra più probabile, il sostrato costituirebbe, secondo il F., la fattispecie alla cui realizzazione è condizionato il fenomeno della soggettività *stricto sensu,* e allora bisogna concludere che il Ferrara dimentica di dirci che cosa sia *l'ente.*

Considerazioni analoghe valgono per la maggior parte delle dottrine che non possono essere inc1use senz'altro nell'ambito delle teorie realistiche. Tale è la posizione, ad es., del LABAND, *Op. cit.,* p. 24 ss.; del PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile,* v. I, sez. I, Milano, 1943, spec. p. 112-113 ss.; del MESSINEO, *Osservazioni della Fac. di giur. dell'Univ. Cattolica intorno al progetto di riforma del I libro* ecc., Milano, 1932, p. 277; *Manuale di dir. civile e commerciale,* I, 1950, 271 ss.; del DEGNI, F., *Le persone giuridiche,* Corso universitario cit., spec. p. 7-9; del DE FRANCESCO, *Persona giuridica,* nel *Nuovo Digesto Italiano,* IX, 1939, p. 934-937, spec. 936; del GANCI, *Persone fisiche e persone giuridiche,* Milano, 1946, spec. p. 188-192; del SANTORO PASSARELLI, *Istituzioni di dir. civ.* cit., 3ª ed., p. 20-28; del CICALA, *Rapporto giuridico, diritto sogg. e pretesa* cit., p. 15 ss., spec. 16-20.

Più vicino alla concezione giuridica (nel senso spiegato) è il MAJORCA, *Il riconoscimento della personalità giuridica degli enti privati, Circolo giur. G. Sampaolo,* Palermo, 1933, spec. p. 316 ss.; e più vicino ancora sembrerebbe il BARBERO, *Sistema istituziona/e del dir. priv. ital*.. I, 1948, p. 172 ss.. spec. 174-75. Quest'ultimo però, mentre da un lato mette in evidenza il carattere «formale»-giuridico del fenomeno parlando di «realtà normativa» e di «forma soggettiva puramente giuridica», concepisce d'altra parte la soggettività come «titolarità *effettiva*» (p. 172), facente capo, in ultima analisi, ad «un *complesso* di *fattori diverso come tate dall'uomo individuo*», ad una «*materia* cui [il diritto] imprime la forma giuridica di soggetto» (p. 175), riducendo così anche lui la giuridicizzazione del fenomeno al solo termine costituito dalla qualità di soggetto (v. tuttavia *infra,* note 32 e 53). Qualche spunto notevole in senso giuridico si trova anche nell'ESPOSITO, *Organo, ufficio e soggettività dell'ufficio* cit., spec. p. 5, il quale considera di «dubbia certezza» la tesi che «lo Stato e le persone giuridiche siano *enti reali*» (della stessa *Op., v.* anche p. 7 pr.). Questo autore segue peraltro le teorie della realtà nella costruzione dell'attività giuridicamente rilevante delle persone giuridiche e non riesce, come vedremo, a sdoppiare la persona giuridica come «ente ideale e unitario» (che del resto non significa ente giuridico) dall'organizzazione intesa come «strumento della sua attività» (distinzione sviluppata anche ne *La rappresentanza istituzionale, n*egli *Scr. giur. in onore di Santi Romano,* I, 1940, p. 306): sdoppiamento nel quale sarebbe invece implicita, a nostro avviso, la riduzione della persona giuridica a centro artificiale e giuridico d'imputazione. La stessa distinzione in MAJORCA, *Op.* cit., p. 38. In senso «giuridico» sembra orientato anche il FODERARO, *Contributo alla teoria della personalità degli organi dello Stato,* Padova, 1941. Questo Autore, tuttavia, mentre sottolinea il fenomeno dell'esistenza di p. g. indipendentemente da un «sostrato» determinato (p. 182-83) deducendone l'inesistenza di limiti alla creazione di p. g. da parte dell'ordinamento (p. 184), identifica pur sempre, nei casi normali, l'ente soggetto con il «sostrato» (p. 184 ss.) e segue le teorie organicistiche *(passim* e p. 71 ss., 200 ss.), risolvendo anche lui poco coerentemente la giuridicità del fenomeno alla qualità di soggetto in senso stretto. Spunti in senso giuridico si trovano ancora nel CROSA, *Corso di dir. costituz..* Torino, 1947, p. 33 ss., ma più nel BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale,* Milano, 1950, Cap. I, spec. p. 8 ss., 16 ss.

Tutte queste costruzioni ricadono fra le teorie della realtà in quanto includono nell'essenza dell'ente un *quid* materiale o ideale *extragiuridico.* L'idea da esse perlopiù adombrata, che l'*unità* dell'ente è opera del diritto, finisce per essere contraddetta sia dal fatto che l'ente viene configurato come costituito di certi elementi reali o dall'attribuzione all'ente medesimo di una «volontà» e «attività» (v. p. es., SANTORO PASSARELLI, *Op.* cit.. p. 20 ss.), sia dalla confusione tra l'effetto della costituzione dell'unità come cementamento di elementi reali e la soggettività *stricto sensu* (v. LO STESSO, *Op.* cit., p. 20). E una volta ammesso che un *quid* extragiuridico costituisce parte dell'essenza dell'ente, di giuridico non resta altro, in ultima analisi, che una certa azione «modellatrice» svolta dall'ordinamento sulla realtà (*infra,* p. 54 s., 81, 114 s.). Ciò non toglie che al pari di molte delle stesse teorie decisamente organicistiche le teorie enumerate contengano elementi preziosi contro le teoriche della realtà.

meno grande di elementi materiali, che sotto il nome di «elementi costitutivi», «sostrato reale» o «materiale» o «presupposti essenziali» vengono presentati come facenti parte dell'ente in modo più o meno diretto ma sempre come materia costitutiva.

Gli elementi stessi variano in numero e qualità e variano soprattutto nella loro importanza rispetto all'elemento giuridico. Si riducono in certe costruzioni ad uno solo, materiale o ideale, come nelle teorie del patrimonio, del patrimonio allo scopo, dello scopo ecc. Essi consistono sempre, però, in una entità *extragiuridica* intesa in ogni caso come l'essenza o parte dell'essenza dell'ente soggetto. Ed è qui che sta, come vedremo, il punto debole delle teorie della realtà[88].

Nel modo di concepire l'ente corrispondente alla p. g., i seguaci delle teorie realiste e delle teorie giuridiche sono esattamente agli antipodi. Per gli uni l'ente è una realtà extragiuridica. Per gli altri esso è un rapporto o intreccio di rapporti giuridici, uno strumento tecnico-giuridico, ossia qualificazione giuridica: il che equivale a dire che non esiste un ente soggetto. Le varie specificazioni dell'uno o dell'altro concetto hanno importanza relativa rispetto al punto fondamentale di divergenza. Importa poco che l'ente reale. sia individuato nell'organismo sociale fatto a immagine più o meno somigliante all'essere umano oppure nella collettività, nei mezzi patrimoniali, nello scopo, nell'interesse e via dicendo. Né importa, al confronto con il punto fondamentale di divergenza, che l'unità reale sia per alcuni qualcosa di materiale, per altri qualcosa di ideale (scopo, interesse, solidarietà e via dicendo)[89]. L'essenziale è che si tratta in ogni caso di un entità extragiuridica data. Non è nemmeno decisiva la proporzione dell'elemento reale rispetto a quello giuridico costituito dalle norme statutarie o statuali e dalle qualificazioni in esse contenute. Che l'elemento reale sia l'organismo sociale intero o il solo patrimonio o l'interesse, resta sempre il fatto che per le teorie della persona reale un qualche elemento materiale è parte dell'essenza dell'ente, mentre per le teorie che abbiamo chiamato giuridiche l'ente è costituito; se così può dirsi, di «materiale»esclusivamente giuridico.

Le teorie più vicine al vero sono a nostro avviso quelle giuridiche. Procederemo tuttavia per nostro conto alla critica delle teorie realiste, perché l'argomentazione dei giuristi più o meno «puri » non è sempre accettabile.

4. - L'origine dell'opinione che il fenomeno della persona giuridica abbia a «sostrato» un'entità extragiuridica diversa da quella che corrisponde alla persona fisica ma ugualmente data per il diritto[90] sta nel punto di partenza delle teorie della realtà.

Muovendo senz'altro dall'idea che la persona giuridica, al pari della persona fisica si debba ridurre ad un fenomeno d'imputazione di diritti e doveri `*ad un ente dato,* i teorici della « realtà» si domandano se al fenomeno di soggettività in senso stretto corrisponda un'entità materiale. E poiché l'osservazione della realtà dice loro che al fenomeno fa effettivamente riscontro una realtà materiale (gruppo di persone,

---

[88] Ci guardiamo bene dal prendere in esame separatamente ciascuna teoria e consideriamo invece il problema della natura e funzione della persona giuridica dai due punti di vista dai quali ci sembra esso debba essere principalmente studiato: *ente* e soggettività «stricto sensu».

[89] Sulla equivalenza tra elemento *materiale* e *ideale* quando quest'ultimo venga inteso (come viene inteso di solito) in senso extragiuridico, v. *infra* p. 86.

[90] Vi insiste anche il CARNELUTTI, *Teoria generale del dir.* cit. p. 113 s.; e fra gl'internazionalisti italiani (tutti organicisti) il QUADRI, Dir. internaz. pubbl. cit., p. 342 s., 345

organizzazione di uomini e mezzi, patrimonio, scopo e via dicendo), essi pervengono senz'altro alla conclusione affermativa, ritenendo quindi non resti che determinare esattamente quali elementi della realtà materiale sottostante siano «costitutivi». Essi arrivano in modo così piano sia alla concezione del fenomeno come parallelo a quello della persona fisica sia alla constatazione dell'esistenza dell'entità reale - conferma ulteriore del primo punto -, che in sostanza la questione principale rimane per loro quella della scelta degli elementi essenziali. Solo a questo punto - e ai fini della determinazione dell'elemento - decisivo - le dottrine organicistiche in esame si domandano quale sia l'atteggiamento del diritto riguardo ai vari elementi extragiuridici in questione o all'intera realtà sociale sottostante[91]. E solo dopo aver proceduto in questa maniera all'individuazione dell'ente reale *dato* corrispondente al centro d'imputazione, esse guardano finalmente all'ordinamento, oltre che nella funzione che esplica quando assume l'ente a destinatario di norme - funzione parallela a quella svolta nella soggettività delle persone fisiche -, come ad un elemento che tende ad *imprimere alla realtà* in questione una certa «forma» o «struttura». Tutto sommato, quindi, se si eccettua quest'ultimo fenomeno che costituirebbe una caratteristica esclusiva della persona giuridica, il parallelismo con 1a persona fisica resterebbe fermo.

Questo modo di procedere, però, non tiene conto di un dato che non può non avere la sua importanza nell'interpretazione d'un fenomeno appartenente al mondo della realtà giuridica. Tale dato è costituito dalla circostanza che, mentre la realtà sottostante al fenomeno della persona fisica è materialmente refrattaria a qualsiasi azione del diritto che non sia diretta ad indirizzare i comportamenti umani *proprio attraverso la titolarità di situazioni giuridiche soggettive* - che è la soggettività in senso stretto -, la realtà sottostante alta persona giuridica è suscettibile dell'azione del diritto anche in un senso diverso, in quanto può essere modellata, almeno tendenzialmente, dal diritto stesso, attraverso la costituzione di situazioni giuridiche soggettive degl'individui che la compongono o che su di essa possono eventualmente influire in senso obbligato. Il diritto, cioè, *non può* intervenire, se ci si consente l'espressione, nella «fabbricazione» degli enti soggetti corrispondenti alle persone fisiche. Nelle persone giuridiche invece le cose si presentano diversamente. La «realtà» extragiuridica alla quale le teorie realistiche guardano non è la realtà *naturale,* ma la realtà *sociale.* E se è vero che anche rispetto alla realtà sociale l'ordinamento *può assumere* in teoria - ed in pratica assume alle volte - un atteggiamento *passivo,* analogo a quello che *non può non assumere* di fronte alla realtà naturale, sta di fatto che esso potrebbe ben assumere, rispetto alla realtà sociale, anche un atteggiamento *attivo.* Nei confronti dell'«organismo sociale», della collettività dei membri, dell'organizzazione ecc., trattandosi di uomini, di comportamenti umani o di fatti realizzabili attraverso comportamenti umani, il diritto *può* operare. Il che pone la questione di sapere se quest'azione abbia luogo e quali conseguenze eventualmente ne derivino agli effetti dell'individuazione del centro di soggettività corrispondente. E non è detto che il fatto che il diritto svolga quest'azione sulla realtà si risolva puramente e semplicemente, come le dottrine realistiche ed organiche ritengono, nell'«imprimere» alla realtà stessa una certa forma. Perché se questa forma è impressa alla realtà sociale

[91] Si domanda al diritto, insomma, a questo punto, quello che teoricamente gli si potrebbe domandare anche nel caso delle persone fisiche, se l'elemento costitutivo dell'ente soggetto non fosse in questo caso un dato empirico ovvio.

dallo stesso ordinamento che procede contemporaneamente o successivamente a costituire, in relazione a quella realtà, un centro autonomo d'imputazione di situazioni giuridiche soggettive, la logica impedisce d'identificare questo centro d'imputazione con un ente dato e porta a identificarlo piuttosto con l'ente quale dev'essere secondo diritto.

Così stando le cose, non si può evidentemente procedere senz'altro allo studio del problema dell'ente corrispondente alla persona giuridica sulla base del dato aprioristico che il fenomeno di soggettività in questione sia strutturalmente analogo a quello della persona fisica e consti di due termini che, a parte la diversità materiale dell'ente soggetto, si trovano l'uno di fronte all'altro nello stesso rapporto in cui si trovano i due termini della soggettività della persona fisica. La natura e la funzione della soggettività dell'ente morale dipendono come s'è detto dalla natura dell'ente. E la possibilità di assumere l'ente a sostrato *dato* della soggettività e centro materiale d'imputazione dipende a sua volta dall'atteggiamento che il diritto tiene nei confronti della realtà sociale sottostante. Il problema teorico e pratico non si risolve dunque senz'altro nel quesito *se* alle persone giuridiche facciano normalmente riscontro, nella realtà extragiuridica, delle entità reali. Né si risolve senz'altro nella questione di sapere *che cosa* siano queste entità reali. Esso sta invece nel domandarsi innanzitutto quale atteggiamento il diritto tenga nei confronti della realtà sottostante alla persona giuridica; e in secondo luogo se, per l'ordinamento giuridico dal punto di vista del quale ci si pone, il «sostrato» reale si possa proprio considerare come condizione *necessaria e sufficiente* per l'esistenza e l'individuazione del centro di soggettività. E quando ci si ponga il quesito fondamentale in questi termini, il problema dell'essenza degli enti corrispondenti alle persone giuridiche non può non risolversi in senso notevolmente diverso da quello in cui lo risolvono le teorie realistiche. Basta considerare le condizioni alle quali una persona giuridica può cominciare ad esistere o può estinguersi secondo il diritto, e l'atteggiamento che l'ordinamento giuridico tiene nei confronti della sua composizione, struttura e funzione nel corso della sua esistenza.

5. - *A*) Per cominciare dalla nascita del soggetto, è facile rilevare che nella costituzione della persona fisica la parte strettamente giuridica del fenomeno si risolve nell'attribuzione ad un ente dato di situazioni giuridiche abilitanti o concrete. Di fronte a questo aspetto del fenomeno stanno, come elementi materiali, la fattispecie della soggettività in sé e per sé - cioè i requisiti alla cui presenza nell'ente è condizionata l'attribuzione delle situazioni giuridiche abilitanti o concrete -, e l'ente stesso in quanto punto di riferimento.

Nel caso delle persone giuridiche, il lato strettamente giuridico del fenomeno si risolve invece in un effetto duplice: da un lato una serie di qualificazioni giuridiche della realtà sociale costitutive di un'organizzazione o di una comunità giuridica, trovanti espressione in una «costituzione» o «statuto» e attributive di diritti obblighi poteri e funzioni a individui; dall'altro la qualificazione o la serie di qualificazioni costituenti la soggettività giuridica dell'«ente» corrispondente alla comunità o alla organizzazione giuridica posta dalla costituzione o dallo statuto. Due effetti giuridici che, per quanto strettamente legati fra loro e derivanti in certi casi contemporaneamente dai medesimi fatti, si lasciano individuare con chiarezza in tutte le figure che negli ordinamenti statuali

son comprese nel concetto di persona giuridica [92].

Le persone giuridiche pubbliche (Stato eccettuato) sono create - sulla base di esigenze e fattori storico-sociali - direttamente dalla costituzione o dalla legge[93]. Il diritto obbiettivo provvede direttamente alla determinazione dell'ambito sociale della comunità e dell'organizzazione e alla determinazione delle funzioni che l'ente dovrà svolgere attraverso l'organizzazione stessa. Nello stesso tempo costituisce un centro artificiale d'imputazione delle situazioni giuridiche soggettive create dalle norme o da certe norme dell'ordinamento[94]. Nel caso delle persone giuridiche private il fenomeno si produce in maniera diversa a causa della presenza dell'elemento differenziale costituito dall'iniziativa privata, ma conduce allo stesso duplice effetto giuridico. Riconosciuta l'opportunità che i privati perseguano certi fini e realizzino certi interessi collettivi, l'ordinamento giuridico provvede a che, date certe condizioni (esistenza di un gruppo d'individui interessati, liceità dello scopo, disponibilità di un congruo patrimonio ecc.), si costituisca negozialmente una persona giuridica (associazione o fondazione). A questo scopo, lo stesso legislatore predispone le figure negoziali ed i provvedimenti che gli sembrano più adatti, a seconda della misura in cui intende rimettersi all'iniziativa privata e della natura degli enti da costituire[95]. Anche in questo caso si ha da un lato la posizione della costituzione o dello statuto, come effetto connesso dalla legge all'atto costitutivo ed al riconoscimento o al primo atto soltanto (integrato dalle formalità prescritte); e dall'altro un fenomeno di soggettività determinato dalla stessa norma e dalle singole norme delle quali l'ente diventa o diventerà destinatario. In entrambi i casi, dunque, si ha un fenomeno giuridico aggiuntivo rispetto alla soggettività in senso stretto (che esaurisce invece da sola l'aspetto giuridico del fenomeno della persona fisica). E in entrambi i casi quest'effetto è costituito da un ordinamento autonomo e derivato che, mediante il conferimento della qualità di socio o beneficiario, la. determinazione degli agenti e delle funzioni, l'individuazione d'uno scopo e la destinazione di un patrimonio, qualifica *giuridicamente* la realtà sociale «sostrato» conferendo agli individui che ne fanno parte diritti e doveri intesi ad assicurare che certi fini vengano realizzati attraverso i mezzi prestabiliti[96].

---

[92] Pur riferendoci alla costituzione del centro di soggettività ed alla soggettività delle stesse persone fisiche come ad un effetto giuridico, teniamo sempre presente quanto abbiamo osservato sopra (nota 9, p. l0 ss.) circa l'inopportunità di qualificare come «effetto giuridico» quello determinato da proposizioni integrative di norme finali del tipo delle disposizioni generalissime dei codici relative alla personalità ed alla capacità giuridica proposizioni dalle quali non differiscono - a parte l'effetto costitutivo dell'ordinamento parziale e dei diritti e doveri che esso sancisce - quelle relative alla personificazione dei c. d. «enti morali» (art. 11 ss. cod. civ. italiano). In entrambi i casi quell'espressione è senza dubbio impropria per le ragioni già esposte nella nota citata, e fondamentalmente perché un vero fenomeno di soggettività non si produce fino a quando non sorga in capo all'ente almeno un diritto o dovere. La terminologia adoperata è di mero comodo.

[93] Esempi evidenti ne sono le Regioni istituite ultimamente dalla costituzione della Repubblica italiana e le Province ed i Comuni, istituiti con leggi generali o speciali.

[94] Per la costituzione delle persone giuridiche corrispondenti a Stati membri di Stati federali - fenomeno perfettamente identico dal punto di vista del rapporto fra diritto e realtà sociale - v. *infra*, p 183 ss.

[95] Nel diritto italiano vigente, per esempio, questi procedimenti sono l'atto costitutivo dell'associazione e l'atto di fondazione con successivo riconoscimento dell'autorità costituita; oppure, per certe categorie di associazioni tassativamente determinate, un atto costitutivo o contratto, seguito dal compimento di formalità intese a supplire al difetto dell'intervento dell'autorità ed a tutelare i terzi (società commerciali) .

[96] Il concetto di ordinamento derivato è ben noto e non è il caso d'insistervi. Ci limitiamo a rinviare in via di

Venendo al nostro punto, il fatto che accanto alla costituzione del centro d'imputazione il diritto proceda ad una qualificazione della realtà sociale interindividuale «sottostante» attraverso lo statuto, significa che l'atteggiamento del diritto verso questa realtà è *attivo.* E la conseguenza prima di questo dato è l'impossibilità di assumere la realtà sottostante stessa così com'essa si presenta storicamente a condizione *sufficiente* per l'individuazione dell'ente reale soggetto al quale le dottrine «realiste» asseriscono faccia capo la soggettività giuridica nel caso degli enti morali. È evidente infatti che, se quella realtà è giuridicamente qualificata, bisognerà almeno tener conto, nell'individuazione dell'ente reale, delle conseguenze che l'azione del diritto determina sulla sua costituzione la sua coesione e la sua struttura nonché sulle sue possibili vicende. Elemento di cui la migliore dottrina tiene parzialmente conto quando pone in rilievo l'azione modellatrice svolta dal diritto sulla realtà sociale, e che costituirebbe già di per sé un tratto differenziale non trascurabile dell'«ente» corrispondente alla persona giuridica rispetto a quello corrispondente alla persona fisica. Una realtà (sociale) sulla quale il diritto influisce, sia pure in via indiretta, determinando comportamenti e attività individuali, sarebbe già qualcosa di giuridicamente e non solo materialmente diverso da un essere umano. E non sarebbe evidentemente il caso di confondere l'azione che il diritto svolge sulla realtà sociale sottostante alla persona giuridica *anteriormente* o *contemporaneamente* all'attribuzione di diritti o doveri con l'azione da esso esercitata sull'individuo «sottostante» alla persona fisica proprio in quanto lo assume a soggetto di diritti e doveri.

Sulla realtà sociale sottostante alla persona giuridica lo statuto agisce indipendentemente dal fatto che una polarizzazione di diritti e doveri abbia luogo con riferimento alla persona giuridica, e magari in via pregiudiziale rispetto al prodursi di situazioni soggettive eventualmente facenti capo all'ente. Basta pensare alle disposizioni costituzionali relative all'organizzazione della p. g. Ma questa peculiarità della persona giuridica rispetto alla persona fisica, che si riassumerebbe nel fatto che la realtà sociale data non è *sufficiente* per l'individuazione dell'ente corrispondente, non è affatto la sola né l'essenziale caratteristica del fenomeno. L'azione del diritto sulla realtà sottostante determina un'altra peculiarità dell'ente morale, che in un certo senso è una conseguenza logica della prima ma assume un significato molto più profondo.

Conseguenza ulteriore dell'azione normativa o « formativa» che il diritto esercita sulla realtà «sottostante» - conseguenza questa di cui la dottrina non si rende nessun conto - è che il centro d'imputazione corrispondente alla persona giuridica non s'identifica con la realtà sottostante stessa *quale storicamente si presenta* in un dato momento ma con la realtà sottostante *quale deve essere* secondo la qualificazione che il diritto ne dà. Perché se il diritto costituisce un centro d'imputazione di diritti e doveri - nel senso che vedremo più avanti - in relazione ad una realtà che esso vuol composta e

---

massima alla teoria del PERASSI, riesposta di recente nelle *Lezioni di dir. Internaz.* cit., II, *Introduzione al dir. internaz. priv.*, 1950, p. 3 ss.; alla nozione di istituzione derivata del ROMANO, *Ordinamento giuridico* cit., la, p. 112 ss.; al CARNELUTTI, *Teoria generale* cit., 65 ss. specie per il concetto di decentramento della produzione del diritto; al MIELE, G., *Principii di dir. amministr*., I , Pisa, 1945, Padova, 1950, p. 11 ss.; al BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale* cit., p. 4. Che anche alle persone giuridiche private (comprese quelle che operano nel campo del diritto positivo) corrisponda un «ordinamento», è una nozione ormai unanimemente condivisa. Lo nega per le associazioni il RUBINO, *Associazioni non riconosciute*, 1940, p. 42 ss., 58, 92 ss., 99.

modellata in un certo modo, la logica ed il senso comune impongono di ritenere che il centro d'imputazione è l'«ente» che dev'essere secondo il diritto stesso, non l'ente che è. La qual cosa non ha nulla a che vedere con l'esistenza d'un ente reale ed eventualmente di una unità sociologica, né con il fatto che il diritto non ottenga sempre l'adeguamento che attraverso lo statuto dell'ente esso esige. Se l'azione del diritto sulla realtà sociale costituisse fine a sé stessa, come sostanzialmente la dottrina sembra ritenere, l'ente soggetto coinciderebbe con la realtà sottostante in ogni caso, che questa si adegui o meno al diritto. Ma quell'azione potrebbe costituire fine a sé stessa soltanto nell'ipotesi che le norme che qualificano la realtà sottostante fossero un *mero fatto* rispetto alle norme attributive di diritti e doveri. Il che è escluso dalla evidente derivazione dello statuto della persona giuridica dall'ordinamento superiore, e dall'appartenenza di entrambe le categorie di norme al medesimo ordinamento. Se in tali condizioni il diritto assumesse a soggetto l'ente *storicamente* dato, esso potrebbe anche trovarsi a contraddire se stesso elevando a soggetto un ente reale costituito e organizzato in modo *diverso* da quello che lo stesso ordinamento prescrive. Lo stretto legame che sussiste tra i due effetti sopra rilevati - la qualificazione della realtà sottostante e l'imputazione almeno formale di diritti e doveri - porta insomma a ritenere che l'uno costituisce un assoluto rispetto all'altro. Il centro di soggettività corrisponde a un «dover essere» che troverà infinite *attuazioni* nell'«essere», ma costituisce esso stesso l'elemento decisivo per l'individuazione del centro d'imputazione[97]. Rispetto a questo centro d'imputazione evidentemente artificiale - artificiale perché *giuridico,* non perché il diritto *finga* un ente reale o perché sia costituito un ente reale che si finge sia persona -, la realtà sottostante si presenta o come la *realizzazione della fattispecie* costitutiva dei due effetti giuridici descritti, o come *l'attuazione* del «dover essere» ad essi corrispondente. Come tale, essa non ha nulla a che vedere con l'essenza dell'ente e con la sua identità. Punto questo che sarà più chiaro da quanto segue.

Sempre per attenerci al fenomeno della nascita della persona giuridica, questo viene a risolversi interamente negli atti, fatti ed elementi presupposti che costituiscono la fattispecie in senso lato dei due effetti rilevati, e in ultima analisi in questi due effetti stessi. Nell'essenza del fenomeno non vi è posto quindi per un «sostrato» materiale più di quanto vi sia posto per un «sostrato» del genere in qualsiasi altro fenomeno giuridico. Non si nega che nella maggior parte dei casi ai due effetti giuridici descritti si accompagni l'esistenza di un *quid* materiale. Questi elementi, però, non vengono a

[97] E' evidente che la concezione della persona giuridica come centro meramente giuridico di riferimento di diritti e doveri - nel senso strumentale che vedremo nel § seguente - presenta un grado notevole di affinità con le teorie giuridiche in genere e in particolare con quelle dello JHERING, del KELSEN, del KOKOUREK e dello SCELLE *(Op.* cit. *supra* alle note 9 e 11), nonché con il «Beziehungspunkt» del RÜMELIN e del MAYER *(Op.* cit. sopra alla nota 9). Tuttavia, a parte quanto diciamo più avanti soprattutto in merito alla dimostrazione della teoria, la concezione che sosteniamo non coincide con quella della scuola pura del diritto - nonostante la nostra convinzione che il metodo di questa scuola sia essenziale per la comprensione del fenomeno - perché la riduzione in termini meramente giuridici è raggiunta da questa dottrina - e dal suo seguace italiano (MAJORCA, *Op.* cit., p. 441) - anche per le persone fisiche, che a nostro avviso corrispondono ad entità *reali* date. La tesi sostenuta diverge poi da quella del RÜMELIN e del MAYER per due ragioni. Innanzi tutto perché anche questi autori estendono le teorie del «Beziehungspunkt» alle persone fisiche, nelle quali a nostro avviso non si può rinvenire alcun centro artificiale o giuridico d'imputazione. In secondo luogo perché essi pongono in ogni caso a «sostrato» del *Reziehungsptfnkt un* elemento reale (individuo, gruppo o altro), con la conseguenza che la loro teoria si riduce in sostanza al rilievo che la soggettività è un fenomeno giuridico di riferimento di situazioni soggettive o di norme.

costituire l'ente reale al quale farebbe capo la soggettività, ma entrano solo in funzione in un senso diverso (oltre che come parte dell'ambiente sociale e materiale entro il quale i1 fenomeno si svolge).

Fattispecie in senso stretto dell'ente giuridico, come s'è detto, è il negozio di fondazione e l'atto di riconoscimento per le persone giuridiche private e l'atto istitutivo sovrano (legislativo o costituente) per le persone giuridiche pubbliche[98]. L'elemento reale-personale è un fattore essenziale rispetto alla prima fattispecie nel senso che l'atto di fondazione o l'atto costitutivo privato è esso stesso un fatto reale e presuppone un certo numero di persone fisiche che lo pongano in essere. Rispetto alla seconda e alla terza (atto legislativo o costituente) l'elemento reale-personale si presenta in funzione ancora meno diretta: o come presupposto dell'atto legislativo o costituente o come dato di fatto in considerazione della cui esistenza il legislatore decide la costituzione dell'ente. L'elemento personale, cioè, o è costituito dalla persona fisica del sovrano-legislatore o dal gruppo degli abitanti dell'ente costituendo (comune, provincia, regione ecc.)[99]. Sia nel caso di costituzione privata che nel caso d'istituzione sovrana dunque, l'elemento personale non si presenta come parte dell'ente morale più di quanto le persone fisiche dei contraenti siano parte del rapporto giuridico concreto che nasce da un negozio, né più di quanto i legislatori o costituenti, o i destinatari dei diritti ed obblighi posti mediante legge o costituzione siano parte di queste situazioni[100]. E quel che vale per l'elemento personale vale per i mezzi patrimoniali, l'organizzazione effettiva, lo scopo o l'interesse esistenti al momento della realizzazione della fattispecie negoziale o legislativa o in qualunque momento successivo. Gli elementi extragiuridici del genere non fanno «parte» dell'essenza dell'ente più di quanto la persona fisica dell'acquirente il fondo o le persone fisiche degli altri consociati siano parte dell'essenza del diritto di proprietà che si costituisce sul fondo.

Considerati dal punto di vista dell'ente già esistente, ossia della situazione o

---

[98] Per quanto riguarda la persona giuridica dello Stato v. *infra,* la sez. III di questo capitolo.

[99] *Infra,* nota 45.

[100] Ciò mi sembra implicitamente ammesso, p. es., dal SIMONCELLI, *Istituzioni di dir. priv. it.* (ed. VASSALLI) Roma, 1920, p. 133, il quale risolve totalmente l'elemento materiale necessario per l'esistenza di una persona giuridica nell'atto di fondazione e nel riconoscimento: «La esistenza della persona giuridica - egli afferma (l. cit.) - comincia quando sussistono l'elemento di fatto ed il riconoscimento legale. *Per la corporazione, l'elemento di fatto è l'atto di costituzione,* cioè l'accordo di due o più persone allo scopo di dar vita alla corporazione col carattere di persona giuridica; *per le fondazioni, è l'atto di fondazione, cioè la destinazione di un patrimonio ad uno scopo con l'intenzione di far sorgere una persona giuridica»* (corsivi miei). Del «sostrato reale» della dottrina dominante (collettività, patrimonio, ecc.) qui non si parla. In senso analogo sembra esprimersi ad un certo punto il COVIELLO, *Manuale di dir. civ.* cit., 216-17, il quale peraltro si contraddice subito dopo con la teoria degli elementi costitutivi (205 ss.), nella. quale alle *fattispecie costitutive* dei due effetti di cui si è discorso egli aggiunge i vari elementi che costituirebbero m*aterialmente* l'ente al quale la soggettività farebbe capo. Più esattamente MAJORCA, *Il riconoscimento* cit., p. 316 ss., secondo il quale il « sostrato» sarebbe la *premessa,* mentre il riconoscimento sarebbe la *causa* del fenomeno. In senso analogo v. FERRARA *Persone giuridiche,* 1938, p. 51; BARBERO, *Sistema istituzionale* cit., I, p. 176, 187; CHIARELLI, *La personalità giuridica delle assoc. professionali,* Padova, 1931, p. 252; ROMANELLI, *Il negozio di fondazione* cit., p. 101. Molto chiaro il HOLLAND, *Elements of Jurispr.* cit., p. 340-41 quando precisa che *«Artificiel* persons are *created* in England for instance by a charter granted by the executive authority, or by a special statute passed by the legislature, but of late years also by virtue of general statues, which prescribe the *conditions* under which voluntary associations may acquire a corporate character» (corsivi nostri). E nello stesso senso già il BLACKSTONE, *The Commentaries* ecc., cit., I, p. 474.

complesso di situazioni giuridiche che vengono in essere a fattispecie realizzata, gli elementi materiali (persone, oggetti) appaiono come la realizzazione o attuazione dello statuto dell'ente inteso come effetto o insieme di effetti giuridici e come i termini reali di questi stessi effetti. Per limitarci al caso più semplice - quello dell'ente corrispondente a una persona giuridica privata - il gruppo dei membri, l'organizzazione effettiva, il capitale versato e specialmente l'organizzazione, a parte la loro posizione eventuale di soggetti nei rapporti «interni» retti dallo statuto (membri-agenti) o di oggetti di situazioni giuridiche facenti capo all'ente (beni)[101], costituiscono fatti di realizzazione del diritto di cui l'ente è esclusivamente costituito, e non parti o elementi dell'ente[102],

Che il centro di soggettività non s'identifichi con un *quid* materiale dato, a meno di non farlo coincidere con i più ovvi presupposti dell'atto costitutivo, è provato del resto da un lato dal fatto che le dottrine realistiche stesse identificano frequentemente l'unità reale in elementi che non sono assolutamente concepibili come dei centri autonomi di volontà, azione o interessi; dall'altro dal fatto che si dà il caso di persone giuridiche che vengono in essere indipendentemente dall'esistenza di qualsiasi elemento materiale che possa comunque costituire un centro di volontà azione o interessi.

Il primo rilievo si riferisce in particolare alle fondazioni, che vengono in essere come soggetti nonostante che il loro sostrato non sia costituito da una collettività di persone comunque unificata nell'organizzazione, ma soltanto da un patrimonio. E lo stesso vale per le associazioni e le istituzioni quando se ne ravvisi l'elemento reale unitario nel patrimonio, scopo o interesse[103]. Finché si tratta d'un gruppo, è concepibile che esso ponga in essere comportamenti giuridicamente

rilevanti[104]. Ma che ciò possa dirsi per un oggetto inerte come il patrimonio è un'assurdità bella e buona[105] [106]. E lo stesso vale evidentemente per lo scopo e l'interesse,

---

[101] ...nel senso che vedremo al § seg.

[102] L'elemento reale non è dunque affatto «*irrilevante*» nel fenomeno, come vorrebbe il ROMANELLI, *Il negozio di fondazione cit.,* p. 31, con riferimento alle persone fisiche e giuridiche. Nella persona fisica il «substrato» reale (l'essere umano) viene in considerazione dal punto di vista giuridico in un duplice senso: come punto terminale della soggettività (e quindi suo presupposto) e come parte della realizzazione della fattispecie (autonoma o integrativa) della soggettività stessa. Nella persona giuridica esso svolge pure una funzione duplice, ma in entrambi i casi si presenta in funzione di *fattispecie* o parte della fattispecie di un effetto giuridico, in quanto da un lato è rilevante sia all'effetto della soggettività in senso stretto sia all'effetto della individuazione del punto di riferimento; dall'altro, però, concorre a entrambi i risultati come fattispecie o parte di fattispecie giuridica, poiché *anche l'esistenza del punto di riferimento* costituisce - a differenza dell'esistenza dell'essere umano «vivo e vitale» - un effetto giuridico

[103] Del *patrimonio* e dello scopo come dell'*ente soggetto* parla non solo la nota teoria del «patrimonio allo scopo» sopra ricordata. Ne parlano, in relazione alle fondazioni, per l'assenza dell'elemento personale in funzione «costitutiva», numerosi autori italiani che non accettano la teoria sul piano generale. Sembra accogliere l'idea, p. es., il DE RUGGIERO, *Istituzioni* cit., 1, p. 395 s.

[104] *Infra*, p. 222, 140 ss.

[105] Lo rileva il MESSINEO, *Manuale* cit., p. 279, che però si limita ad osservare che «Il patrimonio resta *oggetto* di diritti sebbene sembri doversi ritenere che, in difetto dell'elemento umano, il *patrimonio non è mai soggetto*. Il processo di personificazione serve, appunto, a dare un soggetto al patrimonio che ne manca». Ma è chiaro allora che il patrimonio non è un «elemento» della persona giuridica (v. rif. seg.), e che non è affatto i*ndifferente*, come afferma invece il MESSINEO (p. 273), concepire la persona giuridica come ente reale o come una finzione.

[106] La difficoltà non è evitata dal GIORGI, *Ia dottrina delle persone giuridiche*, I, parte generale, p. 53 sostituendo nelle fondazioni all'elemento personale intrinseco proprio delle corporazioni l'elemento umano costituente l'ambito d'azione della p. g. (elemento estrinseco). A parte l'evidente assurdità della costruzione, dimentica il Giorgi che al momento in cui la persona giuridica viene in essere questo elemento può essere del tutto indeterminato o inesistente. Del che si rende invece conto esattamente il FODERARO, *Op. e l.* cit. più sotto, alla nota 44. Si pensi a un

che sono atteggiamenti o motivi di atteggiamenti d'individui o gruppi che il diritto può influenzare operando sugli individui o i gruppi, ma non certo elevare a titolari di diritti e doveri [107]. Se la fondazione viene dunque in essere con l'atto di fondazione e il riconoscimento[108], se i beneficiari ne sono un elemento «estrinseco»[109] e il patrimonio è solo un oggetto, è chiaro che il centro di imputazione è un mero effetto giuridico che l'ordinamento ricollega a quei due atti. E in queste condizioni è logico ritenere che la stessa cosa debba dirsi per gli enti morali muniti del «sostrato» umano c. d. «intrinseco », quali le associazioni e le istituzioni [110].

Quanto all'organizzazione, un caso attualissimo di persone giuridiche esistenti in totale deficienza di ogni elemento o sostrato materiale suscettibile di essere assunto a centro d'imputazione[111] è costituito dalle Regioni previste dagli artt. 114 segg. della Costituzione della nostra Repubblica. Le regioni direttamente istituite dalla Costituzione «devono essere», secondo diritto, e quindi esistono come entità giuridiche, sin da quando la Costituzione è entrata in vigore, ossia dal 1º gennaio 1948. Il fatto che esse siano realizzate materialmente solo sulla carta, non toglie che giuridicamente, come realtà giuridiche e soggetti artificiali di diritto, esse esistano. Rispetto a queste entità giuridiche l'elemento reale è costituito attualmente, nella maggior parte dei casi, da aggregati territoriali-personali che, privi come sono di organizzazione unitaria effettiva, non sono suscettibili di essere assunti a centri d'imputazione di dati diritti e doveri. Questi aggregati si presentano solo come i presupposti o le ragioni che hanno indotto il legislatore a porte le norme costitutive degli enti morali corrispondenti[112].

---

fondo per borse di studio al quale non sia ancora pervenuta o non pervenga mai alcuna domanda da parte dei probabili interessati. Alle idee del GIORGI sembra aderire l'EULA, *Personificazione, riconoscimento legale e capacità nella teoria giuridica degli enti morali,* nella *Riv. dir. civile,* 1931, p. 447 ss.; e *Persone giuridiche,* nell'*Enciclopedia giur. ital.,* vol. XIII, p. 47 ss., 52 ss.

[107] Un evidente segno di disagio a questo riguardo è costituito dalle continue oscillazioni delle varie teorie e degli stessi autori fra la concezione degli elementi reali come «presupposti» o come «elementi» della persona giuridica (v. per es. MESSINEO, *Manuale c*it., I, p. 274 (dove si parla di «presupposto») e 278 («elementi»).

[108] MESSINEO, *Op*. cit., p. 279.

[109] MESSINEO, *Op.* cit., p. 280.

[110] Non è il caso di passare sotto silenzio, a tale riguardo, il fenomeno della «corporation sole» del diritto inglese dove non c'è altro sostrato personale che un individuo (V. JENKS, *Op*. l. cit. *supra*, alla nota 8). Qui i casi sono due. O l'individuo è due volte soggetto nel medesimo ordinamento o l'«ente» sta fuori di lui.

[111] Nel senso che la persona giuridica possa cominciare ad esistere indipendentemente dall'organizzazione si pronuncia, almeno per le fondazioni, il COVIELLO, *Manuale di dir. civ. ital.* cit, p. 218. Nello stesso senso, con alcuni esempi, FODERARO, *Contributo* cit., p. 182, nota 2. Come la maggior parte degli organicisti, però, entrambi gli autori si fermano anche !oro incoerentemente a metà strada. Il che deriva soprattutto dal fatto che essi non tengono il debito conto degli ulteriori dati che verremo raccogliendo nei numeri seguenti (*B* e *C*). V. la nota 45 bis, p. 67.

[112] La tesi che «per effetto dell'entrata in vigore della Carta Costituzionale, sorsero a giuridica esistenza le «Regioni» in tal legge indicate», è stata accolta dalla Corte d'Appello di Venezia, decr. 7 apr. 1949, *Mon. dei Tribunali,* Milano, 31 maggio 1949 (anno 88, Serie IV, vol. IV, num. 10, p. 151-52).

Condividiamo fondamentalmente l'argomentazione che ha condotto la Corte ad escludere che «volontà del legislatore costituente fosse quella soltanto di fissare il tipo astratto del nuovo ente e di rinviarne la concreta realizzazione»: conclusione che la Corte giustamente fonda sul tenore dell'art. 131 della Costituzione, secondo il quale: «Sono costituite le seguenti regioni: Piemonte, Valle d'Aosta, Lombardia, Trentino ecc.», nonché su minori argomenti tratti dall'art. 132, dal par. X e VIII delle disposizioni transitorie e finali e dall'art. 57 della stessa Costituzione e dalla legge 6 febbraio 1948, n. 29, sui quali non mette conto di soffermarsi in questa sede. Solo in parte esatto, invece, ci sembra il ragionamento con il quale la Corte ha affermato resistenza della persona giuridica nonostante il difetto di «organi».

Il Tribunale di Venezia aveva ritenuto che la Regione veneta fosse costituita «semplicemente in modo formale

e istituzionale» e non sarebbe stata pertanto «ancora funzionante con carattere di esistenza materiale ed essenza giuridica» (Trib. Venezia, nella motivaz. della decisione cit. della C. d'App. p. 151): opinione che, a parte l'allusione all'eventuale carattere di enunciazioni programmatiche delle norme costituzionali in questione, si fondava evidentemente sulla circostanza dell'inesistenza dell'organizzazione effettiva come sostrato o parte del sostrato reale del fenomeno di soggettività giuridica nel senso comunemente attribuito a questa espressione *(supra*, p. 50-54). Ritenendo invece che la persona giuridica corrispondente alla Regione veneta esista nonostante il difetto di organi, la Corte ha implicitamente ammesso, a nostro avviso, che un centro artificiale di soggettività giuridica, (nel senso che si vedrà più avanti nel testo) può esistere giuridicamente per la mera volontà del legislatore e indipendentemente da un sostrato reale qualsiasi.

Vero è che la Corte ha fatto leva - e qui cominciano le nostre riserve -, oltre che sul dato positivo dell'esistenza di norme giuridiche istitutive degli enti Regioni, che a nostro avviso costituisce condizione sufficiente per l'esistenza di persone giuridiche del genere, anche sulla presenza di un «prius, un elemento di fatto che fornisca le fondamenta del nuovo ente». E vero è altresì che queste «fondamenta» essa sembra rinvenirle proprio nel territorio e nella popolazione della regione, che costituirebbero per l'appunto, conformemente alla dottrina dominante (ed all'opinione del DE FANIS, nota alla dec. in esame in *Giurisprudenza ital.,* genn. 1950, I, 2 col. 2 che cita FERRARA, *Teoria,* 1923, 413 e *Dir. delle persone e di famiglia,* Napoli, 1941, 122), il sostrato della persona giuridica inteso come oggetto o insieme di oggetti investiti del riconoscimento. I.'insostenibilità di questo punto è tuttavia dimostrata - a prescindere da quanto si è detto e si dirà di seguito nel testo - dalla considerazione che in difetto di organizzazione effettiva quegli elementi non potrebbero costituire un'entità reale a sé stante assumibile a punto di riferimento di diritti e doveri. Dal punto di vista materiale, infatti, le Regioni designate dall'art. 131 sono dei territori popolati da masse informi, appunto perché non organizzate, d'individui soggetti. Identificare l'ente con questi elementi sarebbe assurdo. (Ma per un argomento ancora più forte v. *sopra,* p. 59 s. e, *infra*, p. 80 s.). Gli elementi in questione appaiono invece, più propriamente, in funzione di causa in senso lato della creazione da parte del legislatore del centro formale di soggettività e dei poteri e delle funzioni degli agenti *(supra,* p. 61, *infra,* p. 82*).* Del che la stessa Corte d'A. sembra ad un certo punto rendersi conto, sia pure in modo incerto e poco coerente, allorché afferma che «l'elemento di fatto che può *dar 1uogo alla creazione* di una regione consiste in *caratteristiche (leggi:* esigenze) storiche, geografiche, culturali, demografiche, economiche e in altre ragioni tipiche ambientali (e qui comincia la contraddizione) che delimitano e riducono ad unità etnica una determinata parte del territorio dello Stato ed i cittadini che la popolano». «Se interviene una legge - continua la motivazione - che, accertata la presenza di questi elementi, crede di doverli valorizzare e li riconosce sotto il nome di «regione», questa è come persona giuridica *creata* e non se ne può negare l'esistenza». Il « dar luogo alla creazione», la descrizione degli elementi reali in termini di «caratteristiche», e gli altri punti segnati dai corsivi (nostri), sono tutti contraddetti, è vero, dall'allusione all'«unità etnica» della regione e da quel «*li riconosce* sotto il nome di regione». Ma non sembrano alludere tutti proprio ad un fenomeno di «creazione» da parte del legislatore di un centro formale o artificiale di soggettività per i *motivi* ed i *fini* determinati dalle caratteristiche storiche, geografiche, culturali ecc.?

Decisamente inesatti ci sembrano invece - e le ragioni appariranno più chiare dal seguito del testo - quattro punti della motivazione.

a) Mal posta la questione della costitutività del riconoscimento. Se il riconoscimento sia «costitutivo» o «dichiarativo» è questione che si può fare pel riconoscimento di persone giuridiche private. in quanto si tratta di stabilire se la «creazione» derivi *direttamente* da norme di legge (delle quali l'atto di riconoscimento costituisca la fattispecie) o sia piuttosto un effetto *nuovo* dell'atto sovrano di riconoscimento: che è una questione che interessa poco ai fini della presente discussione. Non si vede in che senso, invece, si possa discutere de11a costitutività o meno del riconoscimento in un caso come quello della «Regione veneta», che è stata posta in essere senza dubbio direttamente dal legislatore costituente. È ovvio che l'atto legislativo-costituente assorbe l'atto amministrativo-legislativo di riconoscimento.

b) Non diremmo poi che la persona giuridica priva di organizzazione effettiva sia paragonabile alla persona fisica in stato d'«incapacità di agire» o di «assenza» (in senso analogo alla motivazione in esame DE FANIS, *nota* cit, col. 5-6). In quanto centro artificiale-formale di soggettività la persona giuridica è una entità incorporea e come tale non agisce né vuole *mai*, nemmeno quando sia pienamente organizzata in fatto. D'incapacità o assenza si parlerebbe quini - dato il carattere permanente della deficienza - in senso profondamente diverso da quello in cui se ne parla per certe situazioni anomale di persone fisiche. La Corte d'A. ha nominato in sostanza, a nostro avviso, un «rappresentante» od «organo» provvisorio della regione veneta piuttosto che un «curatore» all'«incapace» o all'«assente». Ma qui si tratta, comunque, di parole.

c) Senz'altro da respingere ci sembra invece 1'idea che la persona giuridica si contrapponga a quella fisica perché quest'ultima dovrebb'essere -, come ha detto la Corte - «nata» e «viva», mentre la prima basterebbe che fosse «nata». Il concetto esatto è che la persona giuridica è un'entità incorporea e quindi comincia ad esistere (cioè «nasce») e continua ad esistere («vive», se si vuole) sino a quando l'ordinamento non disponga diversamente. Non è esatto dire, quindi, che «nasce» e «non vive ». Materialmente non nasce né vive. Figuratamente nasce e vive.

d) Non condividiamo infine l'eccezione che la Corte stabilisce per la persona giuridica dello Stato (diritto

ó. - *B*) Ma un dato ancora più sicuro nel senso dell'estraneità di ogni elemento reale all'essenza della persona giuridica è costituito dall'atteggiamento dell'ordinamento giuridico nei confronti delle vicende che il «sostrato» può subire nel corso dell'esistenza dell'ente, per effetto sia di vere e proprie crisi determinate da fattori esterni o interni sia di variazioni ordinarie di composizione e struttura[113].

Per quanto riguarda le vicende relativamente ordinarie dei c. d.

«enti collettivi» basta pensare all'entrata di nuovi membri in una corporazione ed alla costituzione di nuovi organi sociali. In relazione a queste vicende a nessuno verrébbe in mente di confondere la materiale partecipazione di una o più persone alla vita dell'ente con l'entrata delle persone stesse come membri di diritto dell'associazione, oppure l'assunzione da parte di uno o più soggetti di certe funzioni con l'acquisto da parte loro della qualità giuridica di «organi»[114]. E le stesse considerazioni si possono ripetere con sicurezza ancora maggiore per le varie ipotesi in cui più che variazioni ordinarie di consistenza e struttura, si verifichino nell'ente morale delle vere e proprie crisi, che ne sconvolgano la vita interna e l'organizzazione senza realizzare d'altra parte le condizioni (fattispecie) della sua estinzione.

La lotta fra gruppi rivali, la sostituzione di fatto di organi non statutari a quelli statutari, la resistenza eventuale di tutti i membri all'azione degli «organi» legali portano in tali casi alla contrapposizione di una entità reale nuova alla persona reale originaria, alla scissione della persona reale originaria in due persone reali distinte, o addirittura alla sostituzione di una «persona reale» nuova a quella originaria. Ma non per questo muterebbe la persona giuridica. Questa rimane la stessa, continuando ad essere titolare dei diritti e dei doveri che le facevano capo e acquistandone eventualmente di nuovi per l'attività giuridicamente rilevante degli agenti legali o per disposizione diretta di legge. Vi potranno essere limitazioni di attività determinate dalla crisi o dall'imposizione di restrizioni agli stessi agenti legali da parte dell'autorità o del legislatore. Ma resta evidente che nonostante la crisi il centro d'imputazione non muta. E sarebbe irrealistico ridurre l'«ente reale» -nel caso limite, p. es., di resistenza dell'intero corpo sociale all'operato degli «organi» - al gruppo degli agenti legali stessi. I mutamenti di struttura - dai più profondi a quelli meno rilevanti - e lo stesso mutamento d'identità si avranno solo quando siano introdotte le modifiche necessarie *nell'ordinamento,* vuoi per opera degli stessi soci e nelle forme previste dallo statuto vuoi per intervento diretto dell'autorità o del legislatore. La legittimità prevale decisamente sull'«effettività». Ed è chiaro che non si tratta della mera preferenza dell'ordinamento per l'ente reale legale al confronto con

---

interno) quando osserva che l'esistenza di questa non si «riconnetterebbe» (a differenza di quella delle altre persone giuridiche) alla «volontà creatrice» della legge. La Corte confonde, evidentemente, il fenomeno storico-sociale dello Stato e dell'ordinamento con il fenomeno della persona giuridica dello Stato. Fenomeno quest'ultimo che rientra nel contenuto dell'ordinamento al pari di quello che si verifica in ogni altro caso di persona giuridica privata o pubblica. Ma su questo punto v. le pagine 98 ss

[113] Il fenomeno della nascita di p. g. indipendentemente dall'esistenza dell'organizzazione o dell'ente reale non è di per sé decisivo perché non implica necessariamente che nei casi in cui il sostrato reale esiste esso sia estraneo all'essenza dell'ente morale.

[114] E a nessuno verrebbe in mente viceversa di negare la qualità giuridica di membri a nuovi soci regolarmente eletti dall'assemblea perché non partecipino materialmente alla vita dell'ente, oppure di negare la qualità di organi a coloro che siano giuridicamente investiti di tale qualità in modo conforme allo statuto sol perché non abbiano assunto materialmente l'ufficio.

quello illegittimo. Innanzi tutto l'ente costituito e organizzato conformemente al diritto in un momento dato potrà non esserlo più a sua volta in un momento successivo, senza che venga meno per questo solo fatto il centro giuridico d'imputazione. In secondo luogo lo stesso ente perfettamente conforme allo statuto può porsi con la sua attività in contrasto con l'ordinamento superiore, fermo restando l'ente morale legittimo: che è il caso degli Stati confederati dell'America del nord durante la guerra civile, del quale ci occuperemo più avanti[115].

L'ente reale si modella insomma sull'ente legale - lo statuto - o se ne allontana in modo più o meno rilevante. Ma quello che prevale è sempre l'ente legale, che resta immutato - salvo modifiche statutarie o legislative - nonostante qualunque modifica dell'ente reale e la sua eventuale scissione[116]. L'identificazione con l'ente reale può essere giustificata dal punto di vista storico-sociologico. Ma non dovrebb'essere necessario ricordare che in questo caso si considerano l'ente o gli enti reali e le norme statutarie e legislative come fenomeni storici nella loro totalità e nell'azione o influenza che reciprocamente esercitano gli uni sugli altri[117].

E non è tutto qui.

7. - *C*) Sarebbe lungo enumerare tutti gli altri indizi dell'impossibilità d'identificare il centro di soggettività con l'ente reale sottostante in un momento dato. A parte quanto avremo da dire in tema di «organi», mette conto di soffermarsi brevemente soltanto sull'estinzione delle persone giuridiche e le loro trasformazioni.

Il venir meno della persona giuridica non è un semplice fatto. E ciò in senso notevolmente diverso da quello in cui si dice non essere un mero fatto la perdita della soggettività da parte d'un individuo. Vero è che la dottrina pone talvolta accanto a dei modi *giuridici* di estinzione - decorso del termine statutario, delibera di scioglimento, soppressione - la figura dell'estinzione per fatti naturali o «cause intrinseche», che troverebbe luogo allorché «vengano meno totalmente i membri, l'organizzazione, il patrimonio»[118]. Ed è vero soprattutto che in ogni caso essa risolve l'effetto giuridico estintivo nella «*Aufhebung*» della qualità di soggetto all'ente dato, che è il solo fenomeno giuridico che si verifichi in seguito al venir meno di un individuo. Non è difficile mostrare, tuttavia, che in entrambi i casi il fenomeno presenta un aspetto profondamente diverso da quello del materiale venir meno d'un individuo e della conseguente cessazione della soggettività che ad esso faceva capo, e si risolve ancora una volta - a parte le condizioni di fatto alle quali è subordinato - interamente nel mondo del diritto.

Quanto ai modi di estinzione generalmente riconosciuti come *giuridici*, essi costituiscono la realizzazione di fattispecie negoziali, amministrative, legislative o costituenti di effetti giuridici contrari a quelli della creazione della costituzione giuridica e della soggettività. Essi appaiono chiaramente come mezzi predisposti dallo stesso

---

[115] *Infra*, p. 74, testo e nota 61.

[116] Per ulteriori sviluppi del punto *infra*, p. 79. Il rilievo non ha nulla a che vedere col fatto che le modificazioni dell'ente giuridico sian dettate da volontà ed esigenze umane di natura materiale o ideale.

[117] È la differenza che passa tra il fare la storia d'una società o istituto e il descriverne l'ordinamento giuridico.

[118] V. per es. DE FRANCESCO, *Persona* giuridica, nel *Nuovo Digesto Italiano*, IX (1939), p. 945; EULA, *Persona giuridica*, cit. nell'*Enciclop. giurid. ital*., cit., p. 161 ss. Per la distinzione fra cause «estrinseche» e «intrinseche» v. ALLARA, *Op*. cit., p. 168.

ordinamento per «cancellare» dal mondo del diritto - quando si verifichino circostanze che non coincidono necessariamente e non coincidono quasi mai con il venir meno di elementi materiali del preteso «ente reale» - il centro di soggettività e l'ordinamento derivato costituito all'atto della «creazione» dell'ente[119]. Ciò è particolarmente chiaro nella soppressione, in cui la duplice cancellazione del centro di soggettività e dell'ordinamento è evidente nello stesso linguaggio usato dal legislatore e dalla dottrina. Se si trattasse dell'ente reale, sarebbe evidentemente assurdo parlare di «soppressione», giacché nei confronti della realtà materiale il diritto potrebbe tutt'al più disporre una soppressione da attuarsi materialmente. A parte la terminologia è chiaro ad ogni modo che qui si verifica un effetto assoluto ed automatico risolventesi interamente nel diritto. Non varrebbe obbiettare che l'effetto giuridico della soppressione non riguarda l' «ente» ma la sua «qualità di soggetto». Si dimenticherebbe che la soppressione agisce simultaneamente in senso negativo sui due effetti contemporanei determinati dall'atto costitutivo e dal riconoscimento: la costituzione dell'ente e il conferimento di diritti e doveri. Poiché solo il primo di questi due effetti è configurabile come una mera *Aufhebung* della qualità di soggetto o di determinati diritti o doveri, non si potrebbe assolutamente pensare a stabilire un parallelo con la *diminutio capitis* o la morte civile, che colpiscono l'individuo solo nella qualità di soggetto[120]. La «soppressione» pone nel nulla automaticamente lo stesso ente artificiale lasciando in vita, dell'ordinamento derivato, solo rapporti giuridici paritari fra individui. Vengono meno insomma i poteri e le funzioni che costituivano l'organizzazione giuridica dei soci, degli agenti e dei beneficiari e la sua individualità come comunità giuridica derivata[121].

Quanto ai modi naturali o «intrinseci» di estinzione essi potrebbero dar luogo a dubbi in quanto i fatti che concorrono a determinare l'effetto estintivo colpiscono direttamente la realtà materiale con la quale l'ente s'identificherebbe. Non mancano tuttavia chiari indizi nel senso che anche questi fenomeni, più che determinare l'estinzione materiale dell'ente reale o di suoi elementi essenziali, non sono che le parti d'una fattispecie complessa, alla realizzazione della quale viene ricollegato lo stesso duplice effetto giuridico negativo. A parte l'argomentazione da quanto si è già detto, e soprattutto il rilievo che se la realtà materiale non è condizione necessaria né sufficiente per l'esistenza del centro di soggettività, il venir meno della stessa realtà materiale non

---

[119] Si verifica in ogni caso, ed anche in quello delle persone giuridiche private, il fenomeno descritto magistralmente dal VERDROSS, A. v., *Dic Verfassunlg* der *Völkerrechtsgemeinschaft,* cit., p. 144 in fine, con riferimento allo Stato non sovrano (Stato membro di uno Stato federale): «Ein nichtsouveräner Staat geht daher unter, wenn der souveräne Staat, in der jener eingegliedert ist, *seine Teilordngng* "*nichtsounveränen Staat''*aufhebt, indem er seine innere Gliederung ändert» (corsivo nostro). Ciò è tanto più significativo in quanto il VERDROSS, a differenza dei seguaci delle teorie che sopra abbiamo chiamate «giuridiche» (*supra*, p. 48 ss.), non riduce la persona giuridica al solo elemento giuridico. (Per gli sviluppi di questo rilievo sul piano del diritto internazionale, v. *infra*, p. 177 ss.).

Resta da vedere se lo stesso fenomeno si produca quando un'associazione privata rimane in vita come «associazione non riconosciuta»: se in questa, cioè, i rapporti fra i contraenti continuino a svolgersi nell'ambito di una comunità giuridica parziale come nell'associazione riconosciuta.

[120] Un parallelo efficace ma improprio e assurdo si potrebbe stabilire soltanto con quei fenomeni di «liquidazione» di persone fisiche dei quali si hanno tristi esempi nella prassi di certi regimi. Con la differenza che mentre in questo caso una parte del fenomeno si svolge sul piano meramente materiale, nel caso della persona giuridica la stessa cancellazione dell'«ente» costituisce un fenomeno puramente giuridico.

[121] Considerazioni analoghe valgono per gli effetti della delibera di scioglimento e della scadenza del termine statutario.

può essere condizione necessaria né sufficiente per la sua cancellazione[122], il valore non decisivo né *diretto della causa* «*intrinseca*», è provato dal fatto che l'estinzione non si produce che in seguito all'intervento dell'autorità costituita o almeno (quando questo intervento non sia richiesto) al compimento di un *qualche atto giuridico di privati. E n*on è *tutto qui. In ogni caso l'effetto estintivo* non viene fatto risalire, come sarebbe logico se si trattasse del venir meno dell'ente reale, al momento del verificarsi dell'evento «causa» ma al momento dell'atto pubblico o privato che realizza la condizione richiesta: atto che consiste in una dichiarazione di volontà e non in un'azione materiale o un evento. Se questo non bastasse, il verificarsi dell'effetto estintivo è preceduto ancora da una fase di «liquidazione», durante la quale l'ente continua ad esistere come organizzazione giuridica (eventualmente modificata) e come soggetto[123] [124].

Che la dottrina discuta se l'atto dell'autorità abbia effetto costitutivo[125] importa poco di fronte al fatto che si tratta comunque d'un effetto giuridico. E non mancano da nessuna parte affermazioni che convalidano la concezione dell'estinzione per c. d. «cause naturali» come un *effetto giuridico* del quale le «cause naturali» costituiscono la fatti-specie[126]. Quando si dice, per esempio, come all'art. 27 cod. civ. it., che «la persona giuridica si estingue quando lo scopo è stato raggiunto o è divenuto impossibile», si allude a un fenomeno di natura non meno giuridica della risoluzione del contratto per effetto dell'adempimento o dell'impossibilità della prestazione (artt. 1463 ss. cod. cit.)[127].

Ma quello che conta maggiormente è che non mancano esempi di persone

---

[122] Malgrado la confusione sempre ricorrente fra l'ente e la qualità di soggetto, sembra orientato in questo senso il FERRARA, *Persone giuridiche,* 1938, p. 274 ss., quando osserva che «Il venir meno del gruppo degli associati, del patrimonio, l'inutilità conseguente dello scopo e simili, possono essere motivi che potranno essere apprezzati... come ragioni più o meno urgenti per ritirare il riconoscimento»: più chiaro però, a parte l'attribuzione al solo riconoscimento d'una funzione che l'ordinamento può esplicare anche per via diretta (società commerciali), in *Diritto delle persone e di famiqlia,* Napoli, 1941, p. 153 (« ... come l'ente è nato per l'intervento dell'autorità governativa, così non può sparire senza analogo intervento statale»). Altrettanto evidente è la qualifica del1e pretese *cause* come presupposti dell'estinzione nella vivace trattazione del BARBERO, *Sistema istituz.* cit., p. 189.

[123] È questa l'opinione prevalente. V. tra gli altri COVIELLO L. *{Jr), Scr.* cit., p. 806-807; FERRARA, *Diritto delle persone* cit., p. 155; ALLARA, *Nozioni fondamentali* cit., p. 170.

[124] Sul significato dell'istituto della liquidazione agli effetti della nozione della persona giuridica v. ancora *infra,* questo stesso num., p. 75.

[125] COVIELLO L. *{Junior), Osservazioni in tema di estinzione delle persone giuridiche,* nella Riv. *trimestr. di dir. e proced. civ.,* III (1949), p. 803 ss. e gli aa. cit. *ivi,* nota 2; GANGI, *Persone fisiche e persone giuridiche* cit., p. 254; BARBERO,

Sistema istituz. cit., p. 190.

[126] V. FERRARA, *Persone giuridiche,* 1938, p. 274*; Dritto delle persone e di famiglia,* p. 153; ALLARA, *Nozioni fondamentali* cit., p. 168-73 e spec. 171, 172 ss.; SANTORO PASSARELLI, *Istituzioni* cit., p. 26-27; ed anche, nonostante si tratti di un «realista», la descrizione delle fattispecie estintive in BONFANTE, *Istituz.,* rist 10ª ed., Torino, 190ó, p. 70 (§ 21). L'ammissione non è mai piena dal nostro punto di vista per il fatto che questi autori, persuasi come sono che alla persona giuridica corrisponda come punto terminale della soggettività un ente reale, avvertono bene la giuridicità del fenomeno dell'attribuzione o cessazione della soggettività ma non avvertono chiaramente che a questo effetto si accompagna quello della *cancellazione* del centro stesso di soggettività corrispondente all'organizzazione giuridica. Le loro affermazioni restano tuttavia significative perché espresse sovente in modo incompatibile con la pretesa natura reale dell'ente soggetto: come quando il FERRARA dice, per es., che «*l'ente* è *nato* per l'intervento dell'autorità governativa» ...e «non può *sparire* senza un analogo intervento». L'ammissione del dato antiorganicistico è poi lampante nella efficace immagine adoperata dal MESSINEO, *Manuale di dir. civ. e commerc.* cit., p. 293: «la persona giuridica muore *per il diritto,* se pur *non possa morire fisicamente» (*l'ultimo corsivo è nostro). In senso analogo BARBERO, *Sistema istituzionale* cit., I, p. 189-90).

[127] Ciò è particolarmente evidente nelle società commerciali, dove la fattispecie costitutiva si riduce presso che esclusivamente all'atto negoziale.

giuridiche che continuano a «vivere» come centri di soggettività e ordinamenti, nonostante il venir meno del sostrato o di sue parti essenziali. Un'ipotesi nella quale l'ente giuridico continua ad esistere per un periodo più o meno lungo nonostante il venir meno del «sostrato», è quella dell'annessione da parte di un altro Stato degli «elementi» reali di una p. g. pubblica. In un momento dato esiste in uno Stato un comune o una provincia retta da un suo ordinamento, derivato e legittimato da quello dello Stato. L'ordinamento del comune o della provincia si trova in quello stesso momento pienamente attuato nel senso che ne esistono i membri, una data circoscrizione territoriale, un patrimonio e degli organi. In un momento successivo, vigendo l'ordinamento dello Stato del quale la provincia o il comune fa parte, i membri, il territorio, il patrimonio e gli organi dell'ente entrano materialmente a far parte di un altro Stato per effetto di mera annessione unilaterale e vengono eventualmente ordinati in modo completamente diverso[128]. Si dirà in tal caso che l'ente più non esiste come persona giuridica, nell'ambito dell'ordinamento dello Stato di cui quegli elementi facevano parte, *dallo stesso momento e per il solo fatto* che siano venuti meno rispetto allo Stato o siano completamente alterati nella loro fisionomia gli elementi materiali che ne attuavano l'ordinamento? A noi sembra di no[129]. Perché il comune venga meno è necessario che ne venga meno l'ordinamento e che venga meno il centro di soggettività .corrispondente creato dall'ordinamento dello Stato. Occorre cioè che venga abrogato, nell'ordinamento dello Stato stesso, l'insieme delle disposizioni di legge che costituivano l'ordinamento e la personalità giuridica del comune.

Tecnicamente analoga è l'ipotesi della secessione di una provincia, d'uno Stato membro di Stato federale o d'una colonia. Qui è nientemeno la dottrina americana - quant'altra mai aderente alla realtà - che ci offre un esempio particolarmente significativo quando nega che le «entità» corrispondenti agli Stati secessionisti del 1861-65 siano venuti meno per l'ordinamento federale in seguito alla ribellione, e riconosce esplicitamente che l'ordinamento dell'unione le ha tenute in vita nonostante l'azione antifederale svolta dalle loro organizzazioni «reali» e dagli individui che ne facevano parte[130]. Ed è evidente che in caso di successo della

---

[128] Assorbimento in altro o altri comuni, smembramento in due o più comuni ecc.

[129] Il FERRARA osserva che la necessità dell'intervento dello Stato (cioè dell'ordinamento) per l'estinzione dell'ente si ammette in dottrina «senza difficoltà» per le corporazioni pubbliche e ipotizza il caso di un comune di cui siano periti tutti gli abitanti *(Op.* ult. cit., p. 274, e sulla stessa ipotesi già ROMANO, S., *Il Comune* cit., Milano, 1908, p. 221). Nell'ipotesi più realistica fatta nel testo, lo Stato potrebbe non solo mantenere in vita l'ente come ordinamento «virtuale», ma assegnargli, p. es.. anche dei fondi in vista dello sperato recupero del territorio. Fenomeni del genere possono anche verificarsi nelle frequenti soppressioni modificazioni e ricostituzioni di Comuni o province.

[130] Alludiamo alla questione sorta al Congresso nel 1865 in merito alla posizione giuridica degli Stati secessionisti durante e dopo la guerra civile. Secondo il Rappresentante Stevens, la ribellione importava l'uscita dello Stato dall'Unione. Secondo il Senatore Summer invece, essa aveva determinato «an instant forfeiture of all those functions and powers essential to the continued existence of the State as a body politic». «The effect of secession was ultimately to reduce the State's domain to the status of unorganized territory. Under the Constitution, Congress had exclusive powers to govern the territories; hence the late Confederate States were now completely subject to Congressional authority» (KELLY and HARBISON, *The American Constitution, Its Oriqins* and *Development,* New York 1948, p. 455). Non è prevalsa però né la tesi dell'uscita dall'unione né quella dell'estinzione degli Stati, e si è affermata invece, per strano che possa sembrare agli organicisti, proprio la tesi che le «entities» corrispondenti ai singoli Stati Confederati (e noi leggiamo «enti giuridici», «persone giuridiche», « ordinamenti derivati» e «centri giuridici d'imputazione») erano rimaste immutate («unchanged») nonostante la ribellione (noi leggiamo immutate per

ribellione l'estinzione avrebbe solo nel momento in cui lo Stato si acconciasse alla situazione di fatte cancellando l'ente dal proprio ordinamento[131]. Anche i modi di estinzione delle persone giuridiche, insomma, denotano l'esistenza d'un fenomeno che non si risolve necessariamente né esclusivamente nell'esistenza o nella mancanza di un'entità extragiuridica. Essi depongono, invece, al pari dei dati raccolti nell'esame degli altri due aspetti del problema (nascita e modificazioni), a favore di una costruzione del fenomeno come risolventesi esclusivamente nel mondo del diritto, e non avente come tale nulla a che vedere né con l'estinzione fisica né con la mera perdita della qualità di soggetto da parte d'un individuo.

Il carattere meramente giuridico dell'estinzione della persona giuridica trova conferma ulteriore nell'osservazione dei fenomeni quali lo stato di «liquidazione», la «fusione», l' «incorporazione», e le variazioni della capacità giuridica. Non è necessario dilungarsi a dimostrare che la presenza di una fase di «liquidazione» in ogni caso di estinzione - per cause «estrinseche» o «intrinseche», «giuridiche» o «naturali» - costituisce un indizio decisivo dell'impossibilità di riavvicinare il fenomeno al venir meno della soggettività dell'individuo come estinzione di un *.quid* materiale (e della qualità di soggetto)[132]. Se la persona continua ad esistere nonostante il verificarsi della «causa» d'«estinzione» per sistemare i propri affari, e scompare poi del tutto nel *preciso* istante stabilito dal diritto, è segno che le «cause» non colpiscono già 1'«ente reale» bensì l'esistenza del centro di soggettività come effetto giuridico. Se fosse colpito l'ente reale, si dovrebbe verificare o il venir meno immediato e automatico della soggettività, della quale verrebbe a mancare il punto terminale, oppure una diminuzione di capacità commisurata alla nuova situazione materiale. In realtà si assiste invece normalmente alla permanenza della soggettività per il periodo che le circostanze suggeriscono al legislatore o agli organi ai quali e dato il compito di vigilare sulla liquidazione[133], e ad una riduzione di capacità nella misura e nelle direzioni stabilite dal legislatore stesso, non tanto sulla base delle nuove caratteristiche materiali dell'ente quanto del criteri *funzionale* di determinare la sorte dei beni, delle attività e dell'organizzazione. Fenomeno che non ha nulla in comune con le diminuzioni di capacità determinate, per es., da infermità mentali o da deficienze organiche della persona fisica[134]. Dopo essere stato

---

l'ordinamento federale superiore) - *Op*. cit., p. 456 -, ed erano persistite quindi giuridicamente identiche, dal punto di vista ed agli effetti dell'ordinamento federale. per tutta la durata della guerra civile. Nel senso della persistenza degli Stati v. anche il noto caso *Texas c. White*, ricordato insieme con altri dal BRYCE, *The American Commonwealth*, I, *The National Government*, Londra, 1888, p. 429 in nota.

È chiaro che le «persone reali» corrispondenti ai singoli ordinamenti ancorati all'ordinamento federale costituivano soltanto dei gruppi o comunità ribelli e si risolvevano, di fronte all'ordinamento federale - pur costituendo per loro conto delle comunità giuridiche - negli individui membri-agenti passibili delle sanzioni del caso. È quindi assurdo che le si potessero identificare con le persone giuridiche del diritto federale. La sola condizione della persistenza delle persone giuridiche era che si trattasse per l'appunto degli enti legali «voluti» dall'ordinamento federale e che *in* e *per quest'ordinamento* esistevano. Vedremo a suo luogo il diverso aspetto internazionalistico della secessione sudista (Parte III, Cap. III).

[131] Che è il caso del distacco degli Stati Uniti dalla Gran Bretagna.

[132] Cfr. il passo del VERDROSS riportato sopra alla nota 50.

[133] Non costituirebbe motivo di meraviglia il fatto che la persona giuridica venisse tenuta addirittura in vita ugualmente per intervento eccezionale e diretto del legislatore.

[134] Un indizio non meno chiaro si ritrova nella teoria della capacità delle persone giuridiche e delle sue

costituito dal diritto in seguitoalla realizzazione d'una fattispecie negoziale-amministrativa-legislativa (atto di volontà privata o sovrana) l'ente giuridico viene *cancellato* a un certo momento dal novero delle «realtà» giuridiche con tutte le cautele e gli accorgimenti che un meccanico adopera nell'eliminare da un congegno un ingranaggio rivelatosi superfluo. L'analogia con l'estinzione di qualsiasi rapporto giuridico è innegabile.

Considerazioni simili valgono pei vari fenomeni che si ricollegano alla

---

variazioni. La dottrina di maggioranza rivela una spiccata tendenza a porre il problema della capacità della persona giuridica sulla base del parallelismo fra il sostrato della persona fisica e quello della persona giuridica, e questa tendenza può anche apparire giustificata fino a quando si tratta di spiegare che le persone giuridiche non sono capaci, a causa della natura non individuale del loro « sostrato», di rapporti di famiglia, di diritti reali d'uso e di abitazione, e della *testamentifactio* attiva. Fin qui tutto procede bene perché il dato negativo dal quale partono i realisti effettivamente sussiste ed è anzi approssimato per difetto giacché si tratta anzi di assenza di ogni ente reale - nel senso di non coincidenza dell'ente reale con quello giuridico - piuttosto che del suo carattere «non umano». Quando però dal novero dei rapporti del genere - rispetto ai quali non può non essere decisivo il carattere «non umano» dell'ente - si passa al campo dei rapporti patrimoniali - che e la materia in cui si pongono le vere questioni di capacità degli «enti» in parola -, il problema della capacità non si risolve in ultima analisi valutando, come nel caso delle persone fisiche, le caratteristiche del «sostrato» delle singole persone giuridiche in relazione ai singoli rapporti ed alle disposizioni generali o partico1ari sulla soggettività o la capacità giuridica.

Si procede fondamentalmente, invece, sulla base dell'ampiezza della *sfera funzionale* dell'«ente» quale risulta individuata dallo scopo legalmente assegnatogli per iniziativa privata o per diretta disposizione del legislatore. Alle persone fisiche, che corrispondono a centri dati di volontà e di azione, fa capo una capacità commisurata alle loro possibilità materiali. Ma la capacità delle persone giuridiche è «dosata» in funzione dello scopo per il quale ciascuna di esse o determinati tipi sono costituiti. Ed a questo scopo i « mezzi» a disposizione dell'ente tendono ad adeguarsi e possono essere all'occorrenza adeguati mediante provvedimenti - costituzione di «organi»-rappresentanti, modifiche statutarie - che non si possono considerare intesi a provvedere all'*incapacità* dell'ente (com'è il caso delle persone fisiche) ma come i soli mezzi - e quindi i mezzi *normali* - attraverso i quali le persone giuridiche partecipano del fenomeno soggettivo in funzione strumentale (v. *infra*, p. 90 ss.). Il carattere *artificiale* dell'ente rende in sostanza improponibile nei termini comuni non solo la questione della capacità di agire, ma anche quella della capacità giuridica.

Anche negli ordinamenti che seguono il c. d. principio della «generalità» in contrapposizione a quello della «specialità» (o dell'*ultra vires) (v.* sull'argomento RIPERT, *Le principe de la spécialité,* Parigi, 1906; FERRARA, *Teoria* cit., p. 827; ARDIGÒ, *La società per azioni nel diritto inglese,* Padova, 1939, p. 39 ss.; DOMINEDÒ, *Il problema delle società irregolari,* Roma, 1929, p. 24 ss.; BOLFATTI, *La società semplice,* Milano, 1947, p 242 ss.; ed i cenni del SANTORO PASSARELLI, *Istituzioni* cit., p. 23 s.), la questione della capacita è sempre impostata dal legislatore e deve essere impostata dall'interprete su una base funzionale e statutaria e in questo senso sul principio della «specialità». La prevalenza del principio della generalità significa che in un ordinamento si procede più per «tipi» e si largheggia nel consentire la partecipazione delle persone giuridiche a rapporti strumentali rispetto alle attività che rientrano nei loro fini specifici. Ma nei casi limite - che son quelli che contano - si fa capo al criterio funzionale della specialità e dell'*ultra vires. È* a questo criterio, p. es., che si ispira la norma dell'art. 402 sui poteri tutelari degli istituti di assistenza (v. FERRARA, *Teoria* cit., p. 827; BARBERO, *Sistema istituì.* cit., I, p. 180). Ed è sulla base di questo criterio che la stessa questione della capacità delle persone giuridiche in materia di tutela o adozione dovrebbe risolversi in mancanza di disposizioni espresse di legge che la conferiscano o la neghino. Se una società anonima non *può* esercitare le funzioni di cui all'art. 402 cod. civ. it. non è certo perché essa manca di mezzi materiali adatti. Basterebbe che assumesse un precettore. La ragione sta nel fatto che la società anonima ha una ragion d'essere legale specifica diversa da quella di un istituto di assistenza. È «fatta» per «fare la società anonima» e non l'istituto d'educazione. La persona giuridica è incapace di «reato» (v. FERRARA, *Persone giuridiche,* 1938, p. 258 ss.; GANGI, *Op.* cit., p. 214-16) non tanto perché non sia suscettibile di azione punitiva, ma perché esiste come soggetto se e nei limiti in cui agisce nell'ambito del *lecito* statutario. E l'esclusione d'ogni riferimento *diretto* alla realtà materiale è particolarmente evidente nelle limitazioni di capacità derivanti dallo stato di liquidazione (v. sull'arg. FERRARA, *Diritto delle persone* cit., p. 254, e COVIELLO L., (*Junior), Scr.* cit., p. 807 ss.).

Nel senso della «specialità» sono sostanzialmente orientati gli autori che dubitano se non sia il caso di parlare di limitazioni della stessa «personalità» della persona giuridica anziché di limitazioni di capacità, come il MESSINEO, *Manuale* cit., 1942, p. 137. A parte la questione di sapere che differenza vi sia fra capacità e personalità, il dubbio deriva proprio dal carattere *funzionale* della soggettività e capacità della persona giuridica.

trasformazione delle persone giuridiche, quali l'incorporazione e la fusione e le variazioni d'identità. Al pari dell'estinzione, l'incorporazione e la fusione - e le variazioni d'identità che vi si ricollegano - si risolvono essenzialmente in variazioni d'ordine giuridico, nonostante che queste si producano, come tutti i fenomeni giuridici, sulla base della realizzazione di fattispecie negoziali, amministrative, legislative o costituenti[135]. Rispetto a tali variazioni, i mutamenti subiti dalla realtà sottostante agli «enti» coinvolti nel processo non sono decisivi in sé e per sé, cioè nel senso di «cause» che producono variazioni nella consistenza e composizione materiale degli enti morali e nel rapporto fra i loro sostrati. Essi vengono in rilievo o come *fatti giuridici,* cioè condizioni previste dall'ordinamento in linea generale per il verificarsi di certi *effetti giuridici,* o come motivi di eventuali provvedimenti legislativi o costituzionali operanti direttamente le variazioni, oppure nella veste di *fatti di attuazione* delle variazioni d'ordine meramente giuridico determinate dalla realizzazione delle fattispecie. È stato ben detto in tema di fusione di società commercia]i che giuridicamente ha rilevanza la *compenetrazione degli organismi giuridici,* non quella degli organismi *economici*[136] [137]. E si pensi al modo come questi fenomeni si collocano nel tempo ed alla questione dell'identità dell'ente risultante.

Il momento stesso in cui l'incorporazione ed i suoi effetti hanno luogo è determinato da criteri giuridici e non da fatti: elementi questi ultimi dall'osservazione dei quali non si trarrebbe un dato preciso quanto quello che risulta da una norma funzionante al verificarsi dei fatti da essa individuati e disponente gli effetti estintivi-costitutivi. Nelle società commerciali, per es. il momento decisivo è quello del perfezionamento del negozio[138].

Quanto poi al problema se nel singolo caso si debba riconoscere un fenomeno d'incorporazione o la fusione di due o più p. g. in una nuova, anche questo non si risolve in base al rapporto fra la consistenza materiale di ciascun ente rispetto a quella degli altri (numero dei membri o quote patrimoniali dell'ente preesistente che sian passati a costituire il «sostrato» dell'ente risultante), ma soltanto in base al diritto. L'essenza dell'ente è giuridica e giuridica è la sua *identità.* Le persone fisiche hanno *un'identità materiale data,* in ordine alla quale il diritto può apprestare mezzi di accertamento, prestazioni e garanzie senza mutarla. Le persone giuridiche hanno un'identità esclusivamente legale, perché «son fatte» di diritto. E l'ordinamento non si limita a rendere certa e incontestabile l'identità *data* ma conferisce esso stesso un'identità all'ente[139] [140] .

---

[135] V. FERRI, *La fusione delle società commerciali,* p. 186 ss. e *passim.* Non si comprende, quindi, il riferimento dello stesso A. al rilievo del GIERKE, *Genossenschaftstheorie,* p. 865 (*ibid*., p. 187) che «die Rechtssubjektivität erst aus den Elementen der aufgelösten Persönlichkeit geschaffen wird», che si fonda su di una concezione della persona giuridica completamente diversa.

[136] FERRI, *La fusione* cit., p. 9. Per altre opinioni v. gli autori citati *ivi* ed alle pp. ss. Una opinione non conforme e decisamente organicistica professa il SOPRANO, *Trattato teorico e pratico delle soc. commerc.,* II, p. 898.

[137] *Mutatis mutandis* lo stesso vale per la trasformazione delle fondazioni. La distinzione fra elemento giuridico e realtà sottostante è anzi qui più evidente.

[138] FERRI, *La fusione* cit., p. 186 s., dove risulta chiara anche la contemporaneità dell'estinzione degli enti in fusione e della nascita dell'ente nuovo.

[139] V. art. 28, 1° comma cod. civ. it. e MESSINEO, *Manuale* cit., p. 291, spec. 293 pr.

Con ciò non ha nulla a che vedere il fatto che attenendosi all`id *quod plerumque accidit* si possano individuare i criteri di politica legislativa in materia e le varie fattispecie alla realizzazione delle quali l'uno o l'altro effetto è condizionato, pervenendo, per es., alla conclusione che in 1inea di massima si ha incorporazione nei casi di modesti

8. - Quanto si è detto nei numeri precedenti dimostra che a differenza delle persone fisiche, alle quali corrispondono enti extra- o pre-giuridici dati, alle persone giuridiche corrispondono centri meramente giuridici di riferimento, che vengono in essere come effetto giuridico della realizzazione di fattispecie. Questi centri non coincidono affatto con le entità sociologiche sottostanti (che pure normalmente esistono e possono anche presentarsi in fatto come unità)[141], e in quanto effetti giuridici essi rimangono in vita sino a quando non si verifichino fattispecie modificative o estintive, e indipendentemente dalle vicende della realtà sottostante in sé e per sé[142].

Questa conclusione non deriva affatto dalla negazione dell'esistenza di un gruppo d'individui solidali, d'un'organizzazione materiale, d'un patrimonio, di uno scopo, di un interesse privato o pubblico: dati l'esistenza dei quali è largamente provata dall'osservazione della realtà[143]. Né essa deriva dalla facile constatazione che la soggettività è una «qualità giuridica» e comunque un fenomeno giuridico[144]. Essa e solo una conseguenza del fatto che il centro di soggettività corrispondente alla persona giuridica non coincide con l'eventuale unità reale costituita dal gruppo di individui, dall'organizzazione ecc., ma vive, una volta determinatosi l'effetto della sua esistenza, di vita propria, ed esclusivamente nel mondo del diritto. Stanno a parte, s'intende, i fatti che realizzano le fattispecie costitutive modificative ed estintive e i fatti di attuazione del diritto, che non sono diritto essi stessi.

Le dottrine realistiche sarebbero nel giusto qualora l'ordinamento assumesse a centri di soggettività i gruppi come in fatto si presentano, tenendo nei loro confronti lo stesso atteggiamento passivo che non può non tenere nei confronti degli individui. Un simile atteggiamento dell'ordinamento statuale nei confronti di gruppi sarebbe soltanto possibile, però, a condizione che l'ordinamento stesso si astenesse in modo totale dal regolare la struttura e la vita interna delle comunità giuridiche corrispondenti, presentandosi come un ordinamento di mere relazioni esterne fra gruppi[145]. I! diritto statuale, al contrario, tende a regolare la vita interna dei gruppi e la loro organizzazione attraverso quello «statuto» che, come s'è visto, costituisce una caratteristica comune delle persone giuridiche. È anzi proprio in questo che si manifesta la sua natura di or-

---

complessi assorbiti da «organismi» maggiori e fusione nei casi di compenetrazione di complessi di portata equilibrata. Resta il fatto che nei casi limite la questione non si risolve che su base legale. E ciò senza contare che nulla esclude che si addivenga in singoli casi a provvedimenti *ad hoc* ispirati da ragioni di politica legislativa particolari; e che non tengano conto affatto, per es., della realizzazione o meno della fattispecie normale di certi effetti, dettando disposizioni sul caso specifico che conducano a conseguenze diverse.

[140] Sull'argomento dovremo tornare in tema d'identità degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale. V. *infra*, la parte III, Cap. III.

[141] Num. seg., p. 87 s.

[142] Nei limiti, s'intende, in cui qualsiasi fenomeno giuridico si «stacca» dalla realtà sociale. Si capisce che il diritto deriva dalla società e che le norme entrano in funzione quando ne sono in fatto realizzate le ipotesi.

[143] Né dalla negazione della possibilità che vengano assunti a soggetti degli enti collettivi dati *(infra*, p. 87 s. e ancora il Cap. seguente).

[144] La nozione di persona giuridica che difendiamo non ha nulla a che vedere con la «

purificazione» del concetto di soggettività *(supra*, p. 13, *infra*, p. 132 ss., nota 172), purificazione che vale anche per la teoria della soggettività delle persone fisiche. Il tratto distintivo delle persone giuridiche risiede per noi *nella giuridicità dello stesso punto di riferimento*, in contrapposizione alla natura materiale del punto di riferimento costituito dall'essere umano. La giuridicità del riferimento stesso e delle situazioni giuridiche «riferite» è invece - a parte la sua funzione strumentale nel caso delle persone giuridiche - un tratto comune di entrambi i fenomeni.

[145] V. *infra*, Cap. III di questa Parte.

dinamento di una società interindividuale. Ed è inevitabile che una volta che l'ordinamento regoli in un certo modo la composizione e la struttura del gruppo, esso assuma a centro di soggettività non la collettività quale storicamente si presenta, bensì quello che ciascun gruppo «deve essere» secondo le disposizioni dello statuto[146].

Se il diritto assumesse ad ente soggetto l'ente storico-sociale corrispondente al gruppo X così com'esso si presenta in fatto organizzato - nel momento iniziale o in qualunque momento successivo -, oppure l'organizzazione effettiva del gruppo stesso o qualsiasi elemento extragiuridico dato, esso dovrebbe evidentemente considerare come titolare delle situazioni soggettive facenti capo alla persona giuridica il gruppo stesso nella sua identità storico-sociale oppure l'organizzazione in fatto esistente in ciascun momento storico. Ma ciò implicherebbe l'esautoramento delle disposizioni dello statuto che stabiliscono i modi di determinazione dei membri del gruppo e designano determinati individui - e quegl'individui soltanto - come suoi «organi»-rappresentanti[147]. Se le disposizioni dello statuto devono valere, l'identificazione del centro di soggettività con il gruppo o la sua organizzazione effettiva - o qualsiasi altra entità sociale data - costituisce un'impossibilità logica e pratica. Nella migliore delle ipotesi l'entità sociale data, posto che essa costituisca l'esatta riproduzione nel mondo extragiuridico della volontà dell'ordinamento quale si trova espressa nello statuto - il che non è d'altra parte concepibile nell'ambito di nessuna delle rappresentazioni organicistiche delle persone giuridiche che conosciamo ad eccezione delle teorie organiche antropomorfiche[148] -, costituisce un doppione di quella che per il giurista è la sola realtà che conti: il centro giuridico di riferimento. In ogni caso, come s'è visto nelle varie ipotesi prospettate di non rispondenza della realtà allo statuto, l'entità sociale data potrà atteggiarsi in modo completamente diverso da quello che l'ordinamento designa come centro di riferimento[149].

Né importa in che cosa quel *quid* materiale venga ravvisato, né in che modo esattamente lo si raffiguri. Il caso più evidente in cui la rappresentazione materialistica dell'ente corrispondente alla persona giuridica costituisce un doppione o un falso rispetto all'ente giuridico è quello delle teorie organiche o antropomorfiche dell'«ente collettivo». Queste teorie hanno il merito di rappresentare «realisticamente» un ente corrispondente *all'intero statuto.* È evidente, però, che quanto più totale è lo sdoppiamento tanto più evidente è l'inutilità del doppione che ne vien fuori e il pericolo che l'attuazione dell'ente

---

[146] Per la curiosa teoria dello statuto come «fatto storico» v. la sez. V del presente Cap.

[147] *Infra,* sez. cit.

[148] V. il seguito immediato del testo.

[149] Perché le teorie della realtà corrispondessero al vero, il gruppo sociale dato dovrebbe rimanere *il soggetto* nonostante qualunque modifica illegale che intervenisse nella sua struttura reale.

Non basta dire quindi - come fa il DE FRANCESCO, *Scr. cit.*, p. 935 - che il diritto «trasforma» l'organizzazione reale nella sua intrinseca struttura o che la persona giuridica «è una creazione del diritto, il quale trasforma una realtà sociale esistente»; né - come fa l'ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione,* Milano, I, 1939, p. 145 - che il diritto «imprima una forma» al sostrato reale. E nemmeno è esatto parlare di «manipolazione tecnica» alla quale la realtà sociale, assurta per proprio conto ad unità ideale, sarebbe sottoposta dal diritto (BARBERO, *Sistema istituzionale* cit., I, p. 172). Per affermazioni dello stesso genere a proposito della persona giuridica dello Stato v. *infra,* p. 114-15.

reale nel momento dato non corrisponda in un momento successivo all'«originale» giuridico. Ma non meno evidente è lo sdoppiamento e il pericolo di falso - sia pure nei limiti più ristretti determinati dalla minore estensione della riproduzione - in quelle teorie della realtà che identificano l'ente con elementi quali l'insieme dei membri, l'organizzazione, la volontà collettiva, il patrimonio o lo scopo della persona giuridica. Con l'aggravante che queste altre rappresentazioni materialistiche son tutte approssimate per difetto al modello offerto dal diritto, giacché la realtà «corrispondente» all'ente giuridico non si dovrebbe identificare né con i soli membri né con la sola organizzazione né con il patrimonio, ma semmai - ed è qui il merito cui si accennava delle teorie organiche e antropomorfiche - con l'insieme di tutti questi elementi.

A ben guardare le teorie realistiche sono viziate - in misura direttamente proporzionale alla prevalenza che ciascuna di essa attribuisce all'elemento reale su quello giuridico - dalla confusione tra fatto e diritto e precisamente tra i fatti costituenti il presupposto più o meno diretto o la «causa» della creazione del centro di soggettività o l'attuazione dello statuto da una parte, ed il centro stesso di soggettività dall'altra. Nulla di più logico, invece, della distinzione che sopra si è fatta tra la fattispecie costitutiva ed estintiva dell'ente, l'ente stesso, ed i fatti che ne costituiscono la realizzazione. L'ordinamento nell'ambito del quale l'ente esiste si presenta come un *prius* - almeno per chi consideri il fenomeno dal punto di vista giuridico - rispetto ai presupposti o ai fatti costitutivi della fattispecie corrispondente all'effetto dell'esistenza dell'ente giuridico ed ai fatti che realizzano quest'ultimo, allo stesso modo come il diritto si presenta come un *prius* rispetto ai fatti costitutivi del diritto di proprietà di Tizio sul suo fondo e rispetto ai fatti che lo realizzano. Ovvia, quindi, la possibilità di considerare l'ente come diritto, distinguendolo sia dai fatti di realizzazione della fattispecie costitutiva, sia dai fatti di attuazione dell'ente, altrettanto quanto la possibilità di considerare il diritto di proprietà di Tizio sul suo fondo come distinto dalla fattispecie costitutiva e dai fatti di realizzazione del diritto di proprietà stesso. È sufficiente, a tal fine, che si riconosca al diritto quel *minimum* di autonomia - e soprattutto la contrapposizione del suo contenuto normativo (Sollen}alla realtà storica (Sein) - in difetto della quale esso verrebbe a confondersi con gli altri fatti della vita sociale[150]. Riconoscimento che non esclude che il

[150] Questo *minimum* si ritrova certamente nelle concezioni del diritto come sistema normativo della vita sociale realmente esistente in seno alla società: sistema che, pur trovando la sua fonte materiale nella società umana sulla quale agisce, resta sempre distinto nel suo contenuto normativo dai fatti che nella società stessa si producono (sia dai fatti stessi di produzione giuridica primaria e secondaria, sia dai fatti di realizzazione del diritto); e non s'identifica, salvo che nell'attimo di assoluta conformità della realtà sociale al diritto, con la «struttura» della società sulla quale agisce ma tende piuttosto a dare o conservare una «struttura» alla realtà sociale. La distinzione scompare solo quando si confonda il diritto con la società stessa e lo si identifichi con la struttura della società: il che fanno non pochi internazionalisti in omaggio, a nostro avviso, a un malinteso realismo (sul quale i*nfra*, nota 84, p. 84 s., e p.l13).

La tendenza è piuttosto diffusa e si ricollega soprattutto alla teoria del Romano, che identifica il diritto con l'istituzione e il corpo sociale, e secondo la quale la «struttura» sarebbe la forma del corpo sociale. Salvo a ritornare più avanti su questa teoria, quanto si è detto nel testo ci sembra sufficiente a dimostrare i pericoli ai quali si va incontro abusando di un termine come a parola « struttura» per designare la posizione e la funzione del diritto rispetto alla società. Né ci sembra molto felice la sostituzione della parola «struttura»a con «sovrastruttura» per quel certo che di statico che anche questo termine suggerisce. Nel concetto di diritto, mi pare - sia che lo si veda in senso negativo inteso a conservare ad una società un certo assetto («struttura»), sia che lo si veda inteso ad imprimere alla società un assetto più o meno nuovo - è necessariamente insita, quali che siano i mezzi di coazione apprestati per la sua attuazione, l'idea di «forza» (in senso lato e non necessariamente materiale) intesa al raggiungimento di certi fini. Forza, beninteso, non estranea alla società su cui agisce. ma espressione delle correnti e tendenze dominanti in un dato momento storico nella

diritto abbia nella società la sua origine ed in essa trovi il suo naturale campo d'esplicazione[151].

Tutto quello che il realismo può significare nel campo delle persone giuridiche, dunque. a parte la realtà del fenomeno giuridico stesso[152], è da un lato il fatto che i tipi di enti giuridici utilizzati in una data epoca storica nell'ambito di un dato ordinamento per scopi privati o pubblici sono determinati dalle esigenze generali e particolari di quella data società, e soprattutto dalle forme di associazione che quella determinata società è portata ad utilizzare. Dall'altro che la costituzione di ciascuna persona giuridica da parte dell'ordinamento è legata al manifestarsi di esigenze concrete particolari o generali indipendentemente dalle quali non si sarebbe verificata la realizzazione della fattispecie costitutiva prevista dall'ordinamento stesso. Che sono i fattori determinanti dell'esistenza di qualsiasi istituto giuridico e della sua utilizzazione concreta[153].

---

società stessa, quale che sia la misura in cui queste si conformano alla volontà degli enti componenti la società intera e si rendono interpreti dei loro interessi. Questa forza potrà variare all'infinito e con qualsiasi frequenza in estensione, in intensità, in direzione, nei princìpi ai quali s'ispira e nelle fonti dalle quali emana, ma non può perdere la sua natura di forza senza che il dritto s'identifichi con il fatto venendo così a scomparire del tutto.

Più che sulla teoria delle p. g. inferiori, il concetto del diritto come «struttura» - del quale fa una interessante applicazione al diritto internazionale il GIULIANO, *Op.* cit., spec. p. 231 ss. e *passim* - influisce a nostro avviso negativamente sulla costruzione della p. g. dello Stato *(infra*, p. ll0 ss.).

[151] Quando si riconosca al diritto questo minimo di autonomia non si può non vedere che gli elementi che si presentano come presupposti o parti della fattispecie costitutiva dell'ente giuridico-soggetto corrispondente alla persona giuridica o come fatti di attuazione di questo ente nella realtà sociale sono qualcosa di distinto dalle valutazioni che costituiscono l'ente medesimo. Nella prima funzione, gli elementi reali in questione non differiscono dai fatti che sono il presupposto o che costituiscono la realizzazione di qualunque altra fattispecie giuridica. Che si tratti del gruppo dei soci promotori di una associazione, o dello scopo o degli interessi più o meno solidali che li ispirano, della persona del disponente o dei beneficiari di una fondazione, o dell'organizzazione effettiva di un gruppo d'individui e dei loro mezzi patrimoniali, o delle varie circostanze che inducono lo Stato alla creazione di un nuovo comune o d'una provincia, si tratta soltanto di elementi di quella serie più o meno complessa di atti giuridici che realizzando la fattispecie prevista (atto costitutivo, atto di fondazione, riconoscimento, legge istitutiva) determinano l'effetto della costituzione dell'ente giuridico da parte dell'ordinamento. Ad effetto giuridico realizzato, poi, quegli stessi elementi appariranno come l'attuazione dell'effetto medesimo: un gruppo di persone investite della qualità di soci o di rappresentanti dell'ente, un insieme di quote sociali costituenti i beni dell'ente, un insieme di attività conformi allo scopo dell'ente ecc. Né varrebbe osservare, come s'è avvertito, che nella maggior parte dei casi - quelli c. d. normali - l'entità reale costituita da uno o più di questi elementi o dal loro insieme corrisponde, in quanto «legittima», all'ente legale. Si dimenticherebbe invero che l'eventuale coincidenza tra fatto e diritto in un certo momento - cioè i! fatto che lo statuto si presenti perfettamente attuato in quel momento nella composizione e nell'organizzazione materiale dell'ente -, non esclude che in un momento successivo la coincidenza venga meno, realizzando o la fattispecie estintiva dell'ente o una situazione antistatutaria e quindi antigiuridica Nessun giurista potrebbe fare pertanto dei fatti in questione l'ente o una parte dell'ente corrispondente alla persona giuridica per le stesse ragioni - proprio per le stesse ragioni - per le quali non gli verrebbe in mente di identificare la fattispecie costitutiva o acquisitiva della proprietà di Tizio sul fondo oppure il rapporto materiale sussistente tra Tizio, il fondo e gli altri consociati (e in particolare il rispetto da parte di costoro del potere esclusivo di Tizio sul fondo) con il «diritto di proprietà di Tizio sul fondo». Il che non toglie che siano reali - cioè realmente esistenti nella realtà storica - *e* l'ente giuridico *e* il diritto di proprietà di Tizio sul fondo.

[152] Nota prec.

[153] Le teorie che attribuiscono all'ente un'essenza extragiuridica e che si qualificano «realiste» s'ispirano a un concetto di realismo giuridico assolutamente inaccettabile e in tutto simile al concetto di diritto come «struttura della società» testè ricordato e criticato (nota 81). Concetto del quale si può trovare una chiara esposizione alla voce *«Realtà giuridica»* dei *Frammenti* cit. del ROMANO, p. 204 ss., ricca di riferimenti alla nozione di persona giuridica.

Secondo queste teorie «realtà giuridiche» sarebbero le «istituzioni», i «corpi sociali», nonché «singole posizioni» o «singoli rapporti». Allo stesso modo come il diritto sarebbe costituito non soltanto delle norme ma anche del corpo sociale, dell'istituzione o dell'organizzazione che le esprime, sarebbero enti giuridici uno Stato, una Chiesa, la società internazionale, una famiglia (v. ROMANO, *Op.* cit., p. 205). Realtà giuridiche quest'ultime che non sarebbero

9. - Quanto fin qui si è detto torna a sostegno dell'atteggiamento di tutte le teorie che abbiamo chiamate giuridiche nei confronti del rapporto fra realtà extragiuridica e diritto. La concordanza non è però asso1uta e non sussiste affatto per quanto concerne la dimostrazione della tesi.

Concordiamo senz'altro con queste teorie sul punto che le persone giuridiche non sono enti reali. E concordiamo nell'idea di alcune di esse che le persone giuridiche costituiscono delle entità puramente giuridiche. Ci sembrano da respingere recisamente, però, da questo stesso punto di vista, tre atteggiamenti di queste dottrine.

In primo luogo gli scrittori che respingono le costruzioni c. d. «realistiche» sembrano spesso aver riguardo più che all'ente in sé e per sé alla qualità di soggetto. E la conseguenza principale di questa confusione fra i due termini del problema è un grave indebolimento della tesi delle teorie giuridiche, in quanto l'argomentazione contro i realisti non ha bisogno di appuntarsi contro un'assurda concezione non giuridica della qualità d. soggetto ma contro la concezione extragiuridica dell'ente[154].

Il secondo difetto - che si rileva non solo in alcune formulazioni della teoria della finzione, ma anche nelle teorie del rapporto giuridico e dello strumento tecnico - sta nel fatto che in non pochi autori fa capolino, prima o poi, qualche elemento materiale in funzione di sostrato della soggettività. Il terzo punto è la frequente confusione fra l'«ideale» o l'«astratto» e il «giuridico»[155]. Non pochi autori sembrano o credono di professare teorie antiorganiche in quanto affermano che la persona giuridica è un'entità incorporea o «ideale», intendendo per tale non si sa bene se l'unità ideale degli interessi o dei fini dei soci o la semplice assunzione dell'ente ad unità concettuale[156]. Ma l'«unita ideale» degli «interessi» e dei «fini», lo «scopo» o l'«opera» son tutti elementi non meno extragiuridici di quelli costituiti dal gruppo dei membri, dall'organizzazione effettiva e

---

create dal diritto « al nulla, ma raccogliendo, componendo assieme, ordinando i vari elementi di cui essi constano» e dando «vita reale ed effettiva, nel mondo giuridico, ad enti che non si confondono e non si identificano con nessuno di quegli elementi, ma acquistano una propria individualità ed una propria essenza». E affermazioni analoghe si ritrovano nella teoria degli organi delle p. g. *(infra,* p. 138 ss.) e nella teoria della p. g. dello Stato *(infra,* p. ll0 ss.).

Questo modo di vedere, che è condiviso da molti giuristi, implica a nostro avviso la commistione della realtà giuridica ed extragiuridica a danno di quella chiarezza d'idee che proprio le teorie della realtà considerano loro monopolio esclusivo. Di giuridico nello Stato italiano c'è l'ordinamento giuridico italiano; nel Comune di Roma l'ordinamento del Comune di Roma; nella famiglia il sistema di diritti, doveri, rapporti e via dicendo dai quali la famiglia è retta. I cittadini, il territorio e l'organizzazione dello Stato o del comune, i membri della famiglia e i rapporti che in fatto sussistono fra costoro sono i titolari, gli oggetti o l'attuazione dei diritti e dei doveri, non costituiscono 1'«ente giuridico». Ragionando con i teorici realisti si dovrebbe dire che l'insieme costituito dall'individuo proprietario del fondo, dal fondo stesso e dai consociati destinatari dell'obbligo di astensione da turbative costituisce una «realtà giuridica».

[154] Si è visto del resto come sia proprio questa tendenza a portare gli stessi antiorganicisti a contraddire se stessi quando, dopo aver data la dimostrazione del tutto superflua della «giuridicità» della qualità di soggetto, partono alla ricerca del «sostrato» reale *(supra,* nota 19, p. 51 ss.).

[155] Quella fra ente materiale e ideale è la contrapposizione fra le teorie rea1iste «organiche» e «inorganiche» (v. MICELI, La *realtà della persona dello Stato,* nella *Riv. internaz. di fil. del dir.,* 1922, p. 274-75). Contrapposizione che non coincide con la distinzione fra teorie della realtà e teorie *giuridiche* se non nel caso che s'intendesse l'idealità, l'astrattezza o la concettualità dell'ente nel senso *esclusivo* di «*giuridicità».* Per noi la persona giuridica è ente astratto, ideale dal punto di vista giuridico solo in quest'ultimo senso. L'ente ideale, astratto o il concetto dell'ente reale o storico-sociale corrisponde al concetto dell'ente che si forma nella coscienza dei consociati e resta come tale nel mondo della realtà extragiuridica.

[156] All'«astrattezza» fanno capo p. es., accanto allo stesso concetto di ente «reale» o «collettivo», COVIELLO, *L., Manuale,* cit., p. 199; CICALA, *Rapporto giuridico,* cit., p. 15 ss.; PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche* cit., p. 47; MORELLI, *Nozioni* cit., p. 122, 203.

simili. Il fatto che si tratti di qualcosa che vive nel mondo dello spirito non ne esclude il carattere di mero fatto rispetto al mondo giuridico Anche qui si ricade nelle teorie della realtà [157]. Ma il rilievo veramente essenziale va mosso alla dimostrazione che le teorie in esame sogliono dare della tesi negativa della «realtà»della persona giuridica.

I maggiori teorici delle dottrine giuridiche - e in particolare il Duguit e il Kelsen - fondano principalmente la loro tesi sul presupposto che i soli enti che il diritto possa elevare a soggetti siano gli esseri umani *uti singuli*: sia che ciò derivi dalla pura e semplice applicazione della massima - a nostro avviso valida per gli ordinamenti statuali (interindividuali) - che *omne jus hominum causa constitutum est,* sia che venga presentato come conseguenza di un legame necessario fra l'interesse (Jhering) o la volontà (Jellinek) *individuale* e la più importante delle situazioni giuridiche soggettive, sia infine che lo si consideri come una conseguenza inevitabile della concezione del diritto come «sanzione» su individui[158]. Ed a queste idee, delle quali bisogna riconoscere in ogni caso la nobile ispirazione ad una concezione individualistica del diritto e dello Stato, si aggiunge spesso il rilievo (accentuato particolarmente dal Kelsen) dell'impossibilità o almeno grande difficoltà di individuare un ente collettivo indipendentemente dalla delimitazione e qualificazione giuridica della realtà sociale[159]. La negazione della corrispondenza del fenomeno di imputazione ad un ente reale non sarebbe che l'ovvia conseguenza di queste premesse[160]. O l'ente non sarebbe suscettibile d'essere assunto a destinatario di norme giuridiche. Oppure esso non esisterebbe

---

[157] E' il caso di aggiungere a questo proposito che i giuristi tendono a scambiare frequentemente il «giuridico» con l'«ideale» o «spirituale», determinando a volte degli equivoci che trascendono la costruzione di singoli fenomeni.

Il diritto è una certa specie di fenomeno normativo della vita sociale e in questo senso è un «reale». È il nostro pensarlo che è «ideale» o «spirituale». Questo è ovvio. Il «reale» giuridico, poi, può ispirarsi o essere determinato da fattori materiali o ideali, avendosi così un diritto a tendenza prevalentemente materialistica o idealistica a seconda delle epoche e delle tendenze. Tanto il primo che il secondo ordine di fattori, però, in tanto determina diritto in quanto determina un fenomeno normativo reale d'una certa specie. E anche questo è ovvio. Senonché, la dottrina è portata a volte a confondere il «normativo» con l'«ideale» o l'«idealistico», e il «reale» con il «materialistico». È invalso l'uso, p. es, di qualificare come *idealistiche* le dottrine kelseniane in quanto (fra l'altro) tendono a valorizzare la funzione *normativa* del diritto. A parte la qualifica che alla dottrina in questione spetti dal punto di vista della contrapposizione idealismo-materialismo (che qui non interessa e sarebbe forse improprio porre in questi termini) la cosa non avrebbe importanza se nella qualificazione della dottrina «normativa» come idealistica non si celasse l'idea del tutto gratuita che questa dottrina neghi la «realtà» del fenomeno giuridico risolvendolo nel trascendentale. Per noi si può essere buoni giuristi quali che siano le premesse idealistiche o materialistiche dalle quali si parte, purché si ammetta l'essenziale: cioè la normatività del diritto, in mancanza della quale non avremmo diritto né idealistico né materialistico. Ciò sia detto specialmente per gli autori che sembrano nutrire l'idea che i soli giuristi che riconoscano la «realtà» del fenomeno giuridico siano quelli di tendenza marxista più o meno apertamente dichiarata: come sembra fare, sia pure nell'ambito di una giustificata accentuazione dell'origine sociale del diritto, il GIULIANO, *La Comunità internaz.* ecc. cit., p. 103 ss., spec. nota 108, p. 147 nella critica al Kelsen ed allo Ziccardi.

[158] Un po' a tutti questi motivi si rifà probabilmente il CAMPAGNOLO, *Nations et droit,* Parigi, 1938, p. 7 ss. e *passim.*

[159] Il punto è svolto ora con grande chiarezza dal KELSEN nella *General Tbeorv* cit., p. 98 ss., ma spec. 183 ss., criticando le teorie dello Stato come unità sociologica determinata e individuata dal fatto della vita associata (*Interaction*), dalla volontà comune o dall'interesse, dalla «organicità» o dalla forza (*Domination*). Fattori tutti che il K. non considera idonei a determinare l'unità.

[160] Il KELSEN, ora nella *General Theory* cit., fa capo alla natura individuale-umana degli atti giuridicamente rilevanti (p. 101-103), alla destinazione corrispondente della sanzione giuridica (p. 3 ss., 108 ss., 197 ss.) ed all'impossibilità d'individuare una collettività o comunità umana indipendentemente dall'ordinamento che la definisce e l'organizza (1. cit. nella nota prec.). Il DUGUIT, *Op.* l. cit., fa capo alla «invisibilità» dell'ente collettivo e all'individualismo politico-filosofico.

nemmeno come tale, esistendo soltanto un gruppo di individui[161].

Per parte nostra, invece, la ragione per cui l'ente corrispondente alla persona giuridica non è un'entità extragiuridica è innanzi e soprattutto di diritto positivo. Essa sta nel fatto empiricamente rilevabile che tra il fenomeno di soggettività in senso stretto (nel senso d'imputazione formale di diritti e doveri) e la realtà sociale sottostante si trova frapposta un'entità giuridica che prevale agli effetti giuridici sull'ente reale in cui quella realtà si trovi eventualmente composta ad unità storico-sociale. Entità giuridica che prima di funzionare come un centro a sé stante d'imputazione costituisce un'organizzazione o comunità giuridica interindividuale, che serve sia a creare vincoli interindividuali attinenti allo svolgimento di certe attività (le attività statutarie o dell'ente), sia a far riflettere su individui, nel modo che ora si vedrà, le conseguenze vantaggiose od onerose delle situazioni facenti capo all'ente. Da ciò il carattere «strumentale» o non «finale» della soggettività della persona giuridica[162]. Ma il fatto che questo avvenga come si è visto negli ordinamenti statuali, o meglio per tutti gli enti che nel diritto statuale vanno sotto il nome di persone giuridiche, non è di per sé motivo sufficiente per escludere la possibilità che negli stessi ordinamenti statuali o in altri ordinamenti vengano assunti a soggetti degli «enti reali», ai quali la soggettività faccia capo a titolo finale. Basterebbe - dal punto di vista strettamente tecnico - che il diritto assumesse a soggetti delle collettività d'individui come in fatto esse si presentano storicamente e senza costituirle in *comunità giuridiche*[163].

S'intende bene che dal fatto che nel diritto statuale tutti gli enti soggetti diversi dagli esseri umani risultano partecipi delle caratteristiche delle comunità o gruppi soggetti *giuridicamente* organizzati, si possono trarre delle conseguenze d'ordine giuridico-sociologico: la conseguenza, p. es., che lo Stato è una comunità od ordinamento giuridico esclusivamente interindividuale, nell'ambito del quale è inconcepibile che un gruppo possa venire assunto a soggetto nella sua unità e struttura storicamente data perché l'ordinamento interindividuale tende a penetrare il gruppo fino ai suoi componenti determinandone la posizione gli uni rispetto agli altri e organizzandoli così in una comunità derivata più o meno autonoma. Ma non è detto e non si potrebbe mai dimostrare né l'impossibilità del fenomeno delle soggettività di gruppi «dati» accanto a quella degli individui nel diritto statuale, né l'impossibilità dell'esistenza di ordinamenti *sui generis* di gruppi «dati»[164]. Salvo a dimostrare

---

[161] Nello stesso ordine d'idee è il VERDROSS, *Die Verfesssung* cit. p. 126.

[162] Non neghiamo, cioè, che i fattori storico-sociali enumerati nelle note precedenti determinino una coesione fra i membri del gruppo tale che questo possa essere assunto a certi effetti come unità.

[163] E questo non nel senso che l'ente abbia imputati dal diritto i comportamenti d'individui, ma nel senso che il diritto prenda in considerazione l'attività o gli atteggiamenti del gruppo come tate. Sul che ampiamente *infra*, p. 140 ss., e sez. IV, Cap. seg., dove si discuterà la dottrina dominante che vede negli «Stati»-soggetti dell'ordinamento internazionale delle persone giuridiche agenti attraverso individui nello stesso senso in cui agiscono attraverso individui gli enti morali (v. p. es., ZICCARDI, *La costituzione* cit, p. 116).

[164] L'una o l'altra cosa - (non si sa bene) - sarebbe avvenuta nel diritto romano delle origini se fosse storicamente esatta la teoria delle famiglie «sovrane» del BONFANTE e di altri romanisti, per la quale v. dell'A. cit., *La «gens» e la «famiglia»* e *Teorie vecchie e nuove sulle formazioni sociali primitive* in *Scritti giuridici* I, Torino, 1916,1 ss., 18 ss., nonché LUZZATTO, *Per un'ipotesi sulla origine e la natura delle obbligazioni romane*, Milano, 1934, e *Le organizzazioni preciviche e lo Stato, Pubbl. della Fac. di giurisprud. dell'Univ.di Modena* cit., num. 71, 1948, spec. p. 11, 13 ss., 22, 24 e *passim* (con spunti di un certo interesse per gl'internazionalisti); VOLTERRA, *Sui «mores» della «familia» romana*, estratto dei *Rendiconti* della Classe di Sc. morali, storiche e filosof., ecc. dell'Acc. naz. dei Lincei,

eventualmente - e in relazione a una determinata società - che il preteso ordinamento o la pretesa soggettività dei gruppi non costituiscano rispettivamente un ordinamento giuridico e un fenomeno di soggettività giuridica perché ne mancano gli elementi necessari, eventualmente proprio a causa della refrattarietà dei gruppi all'azione normativa[165]; ovvero - rispetto alla prima ipotesi - l'impossibilità pratica di ordinamenti «misti». Ma su questi punti dovremo ritornare più avanti[166].

§ III. - *La soggettività della p. g. come titolarità strumentale di diritti e doveri*

10. - Il secondo termine del problema è risolto implicitamente da quanto precede.

Le teorie realiste tendono come si è visto a risolvere il problema dell'ente in funzione della concezione della soggettività come fenomeno facente capo ad un'entità reale e sulla base del rilievo che nella realtà sociale sottostante alla persona giuridica si riscontra - come il più delle volte si riscontra - l'esistenza di un certo «ente reale». E una volta posto che l'ente reale esiste ed è il punto terminale dei fenomeni d'imputazione facenti capo alla persona giuridica, è naturale che esso venga costruito come un centro di diritti e doveri distinto e diverso dagli individui membri-agenti ma al pari dei centri di soggettività corrispondenti a questi - ultimi titolare effettivo di quei diritti e doveri. Soggettività dunque in senso «finale» o «reale». Dato che le persone giuridiche parteciperebbero, secondo queste teorie, anche alla realizzazione di fattispecie giuridiche soggettive[167], le sole differenze rispetto alle persone fisiche sarebbero costituite dalle note limitazioni di capacità. Per contro le teorie giuridiche (nel senso lato che si è visto) tendone a negare o negano recisamente che esista un fenomeno di soggettività. L'inesistenza dell'ente reale importerebbe la risoluzione delle situazioni giuridiche facenti capo alla persona giuridica in situazioni giuridiche dei loro membri o degli agenti. A nostro avviso sono più vicine al vero anche da questo punto di vista le teorie giuridiche.

Nonostante sia innegabile che esista normalmente un'entità reale «sottostante» - entità che può in molti casi essere anche idonea, in quanto collettività umana, ad essere destinataria di norme giuridiche, - è da escludere a nostro avviso che essa costituisca il

---

Sez. VIII, vol. IV, 1949, nonché *Il preteso tribunale domestico in dir. rom.*, estr. dalla *Riv. Ital. per le Sc. giur.* 1948, fasc. 1-4. Sulla teoria del Bonfante, secondo la quale, in sostanza, come è dimostrato dagli sviluppi del Luzzatto e del Volterra, l'antico ordinamento di Roma sarebbe stato una specie di ordinamento internazionale, v. in senso critico ARANGIO-RUIZ, V., *Le genti e la città*, Messina, 1934, 1 ss., 33 ss. e *passim.* Per considerazioni d'ordine generale sui gruppi di fatto soggetti negli ordinamenti primitivi - considerazioni sulla cui fondatezza non ci pronunciamo - v. LEVI, A., *Teoria generale del diritto*, Padova, 1950, p. 380 ss., 387.

Le questioni romanistiche agitate negli scritti citati presentano a nostro avviso un notevole interesse per gl'internazionalisti quale che possa essere la tesi da preferire riguardo alla definizione e costruzione del più antico diritto di Roma. Esse offrono spunti soprattutto in tema di rapporti fra ordinamenti e comunità giuridiche, sui quali v. il primo *Scr*. cit. del VOLTERRA, spec. p. 5l9 ss. La teoria del BONFANTE ha già richiamato l'attenzione del PERASSI, *Confederazione di Stati* e *Stato federale, Profili giuridici*, Manoppello, 1910, p. 64-65, nota 1, il quale stabilisce un parallelo fra la posizione dei gruppi primitivi nella *civitas* e quella degli Stati membri dello Stato federale: parallelo che se fosse esatto escluderebbe che le genti costituissero dei gruppi di fatto per l'ordinamento della c*ivitas*. Ma v. sul punto *infra*, Cap. III di questa Parte.

[165] Sulla quale v. p. es. le considerazioni storico-politiche dello HAMILTON, A., in *«The Federalist», A Commentary on the Constitution of the United States*, ed. H. C. Lodge, New York, 1888, p. 89, alla sostanza delle quali s'ispirano probabilmente le teorie del diritto come fenomeno esclusivamente interindividuale.

[166] *Infra*, Cap. III di questa Parte.

[167] Su questo *infra*, p. 121 ss.

centro di volontà e azione al quale fanno capo dei diritti e doveri in senso *finale*. A parte i casi in cui essa manca, a parte i casi in cui, pur essendo presente, essa non è idonea a porre in essere comportamenti di sorta (patrimonio, scopo, interesse, opera e via dicendo), essa non costituisce come s'è visto in nessun caso il centro d'imputazione *corrispondente alla persona giuridica* perché quel centro è un punto di riferimento costituito dall'ordinamento stesso in relazione alla comunità giuridica. Il fenomeno di soggettività non fa capo dunque ad un ente reale diverso dagli individui membri-agenti. E poiché è chiaro che non fa capo nemmeno a costoro *direttamente*, si deve convenire con le teorie giuridiche che si tratta di soggettività *strumentale (o* funzionale o virtuale)[168] nel senso che si verrà precisando qui di seguito. Di queste teorie, tuttavia, non sapremmo accettare certe conseguenze che esse deducono dal carattere strumentale della soggettività. Non condividiamo, naturalmente, la deduzione della strumentalità stessa dalla rilevata negazione aprioristica della possibilità di un fenomeno soggettivo facente capo ad enti diversi da esseri umani. Ma nemmeno sapremmo aderire all'atteggiamento radicalmente negativo che certi autori assumono quando negano che alla persona giuridica faccia capo un fenomeno di soggettività.

Sul primo punto è presto detto. Il carattere strumentale della soggettività delle persone giuridiche è conseguenza del fatto che per l'ordinamento giuridico statuale gl'individui comunque collegati alla persona giuridica son soggetti di diritto prima e indipendentemente dall'esistenza della persona giuridica o dal rapporto in cui si trovano entro e con quest'ultima; e della circostanza, legata a questo stato di cose, che la persona giuridica prima di essere soggetto è organizzazione giuridica di individui. È per questo motivo che l'ente corrispondente alla persona giuridica si presenta come un diaframma fra la soggettività in senso stretto dell'ente e le persone fisiche dei membri e degli agenti. Ed è per questo che la soggettività dell'ente si presenta in funzione *giuridicamente* strumentale rispetto a situazioni di individui. La indimostrata impossibilità della soggettività di enti diversi dagli individui umani non c'entra.

Quanto alla negazione d'ogni fenomeno di soggettività giuridica in capo all'ente morale, essa è il portato sia dello stesso atteggiamento aprioristicamente negativo riguardo alla soggettività di enti diversi dagli esseri umani, sia della giustificata negazione della possibilità di identificare l'ente corrispondente alla persona giuridica con la realtà sociale sottostante. Entrambi questi fattori fanno sì che non si ammetta da parte dei giuristi puri che un fenomeno tecnico di soggettività sussista ugualmente, sia pure in funzione strumentale. Idea che si ritrova sia in certe formulazioni delle teorie della finzione e del rapporto giuridico, sia nella teoria del Kelsen (e collegata in quest'ultimo caso alla concezione esageratamente «pura» del fenomeno della soggettività professata da questo autore), sia nelle teorie radicali del Duguit e dello Scelle.

La dottrina della finzione afferma che il diritto fa come se un ente ci fosse, ma in realtà attribuisce diritti e doveri a individui fisici. E questo in un certo senso è vero. Non va dimenticato tuttavia che una finzione del diritto - come è stato osservato - resta sempre un fenomeno giuridico[169], e in questo fenomeno non si può fare a meno di

---

[168] Cfr. KELSEN, *General Theory* cit., p. 3 ss., 97.

[169] Il diritto «fingerebbe» l'esistenza di un ente unitario come «sostrato» della soggettività giuridica; ma che

ammettere che esistano due elementi. Da un lato c'è un insieme di norme giuridiche indirizzate a individui: norme (statuto) che sono la condizione ed il mezzo per il quale le situazioni giuridiche facenti capo all'ente vengono a far capo - attraverso un meccanismo di trasformazioni e distribuzioni - ai membri-agenti[170]. Dall'altro lato, per l'appunto, vi sono delle qualificazioni giuridiche che investono l'ente giuridico di diritti e doveri che attraverso quel meccanismo si trasformeranno in situazioni giuridiche individuali *diverse* da quei diritti e doveri e non coincidenti con quote determinate delle situazioni facenti capo all'ente[171]. Si pensi a una fondazione per una mensa per i poveri d'un Comune. La fondazione è titolare (strumentale) dei beni assegnati allo scopo. Lo statuto della fondazione è il meccanismo che oltre a provvedere alla distribuzione degli uffici e delle competenze, fornisce i criteri di determinazione dei singoli individui che avranno titolo a usufruire del servizio e del trattamento che a ciascuno spetta. È chiaro che non c'è l'ente «reale» soggetto finale ma uno «strumento» per la realizzazione di scopi individuali determinati giuridicamente (e non materialmente) all'«interno» stesso dell'ente. Ma c'è anche un fenomeno di polarizzazione sul «centro» artificiale o fittizio di una serie di situazioni giuridiche (ad es. la proprietà dei beni dedotti in fondazione e l'obbligo di assistenza nei confronti della comunità o dei beneficiari), che non fanno capo ancora ad individui né verranno a far loro capo per divisione come tali, ma si traducono giuridicamente, cioè obbligatoriamente, attraverso le determinazioni statutarie concernenti l'amministrazione e la destinazione dei fondi disponibili, nella pretesa giuridica di certi individui a un servizio o nell'obbligo degli agenti di svolgere determinate funzioni per assicurarlo. Diritto ed obbligo che non sono né l'intero diritto od obbligo facente capo all'ente né quote determinate dell'uno o dell'altro, ma situazioni giuridiche statutarie o «esterne» diverse ma *giuridicamente collegate* a quelle che fanno capo all'«ente»[172]. Negare l'esistenza del fenomeno di soggettività strumentale significherebbe dunque non vedere che lo stesso conseguimento dei risultati finali individuali presuppone che determinate situazioni giuridiche soggettive sian riferite al meccanismo stesso[173]. Che

---

cosa è, in ultima analisi, questa *finzione del diritto* se non, appunto, una *realtà giuridica? (*Cfr. FERRARA, *Pers. giur*. cit., 1938, p 18. A parte il concetto ch'egli professa della «realtà giuridica» (*supra*, nota 84, p. 84 s.), e che non condividiamo, è nello stesso ordine d'idee, in tema di «funzioni» il ROMANO, *Frammenti* cit., voce *Realtà giuridica***,** p. 205 ss.

Significative per la insufficienza della teoria della finzione le considerazioni del VAN DEN HEUVEL, *De la situation légale des associations sans but lucratif*, Bruxelles, 1884, p. 35, riportate dal FERRARA, *Teoria* cit., p. 146 in nota.

[170] Per questa funzione dallo statuto v. soprattutto KELSEN, *General Theory* cit., p. 100, 103.

[171] Secondo il KELSEN, *General Theory* cit., p. 102-103, gl'individui soci godrebbero dello stesso diritto dell'associazione, soltanto «not in the usual, i. e. individual, but in a collective fashion». I soci della persona giuridica proprietaria, p. es., eserciterebbero, quando usano il bene, il diritto di proprietà dell'associazione.

Noi preferiremmo dire che i soci hanno il diritto statutario di usufruire del bene ed esercitano questo diritto, non il diritto di proprietà. Il K. sembra pensare a un diritto quota di ciascun socio, mentre esistono *e* il diritto di proprietà dell'associazione *e* il diritto del socio di servirsi della cosa secondo le norme statutarie.

[172] Ciò non ha nulla a che vedere con la inettitudine della persona giuridica a costituire un centro di volontà ed azione giuridicamente rilevante. Sull'autonomia della qualità di soggetto dalla capacità di volere e di agire v., per es. DE FRANCESCO, *Persona giuridica* cit., p. 934.

[173] Ciò vale in modo particolare per le teorie del DUGUIT e dello SCELLE, opere e ll. cit. Particolarmente deciso il DUGUIT, che perviene in sostanza alla negazione totale del fenomeno *(L'Etat, le droit objectif* ecc. cit., p. 5-8, 242 ss.) e risolve completamente lo Stato nei governanti. Il che vedremo valere in modo assoluto dal punto di vista dell'«attività» giuridicamente rilevante della p. g. (*infra*, p. 165 ss., spec. 169 s.). Per la critica di queste teorie, fino a

queste facciano capo all'ente in funzione strumentale non toglie che esse presentino le caratteristiche (giuridiche) delle situazioni soggettive riferite ad un centro a sé stante d'imputazione e come tali siano trattate a tutti gli effetti (difesa giudiziale, trasmissione, modificazione ecc.).

Da questo punto di vista le teorie della realtà svolgono un'efficace azione per ristabilire l'equilibrio quando accentuano l'idea della titolarità da parte dell'ente di diritti e doveri *distinti* da quelli dei membri-agenti. In effetti, nessuna situazione giuridica facente capo all'«ente morale» si potrebbe ragionevolmente risolvere in una situazione individuale *identica* o in una serie di situazioni individuali dello stesso *tipo* e su parti dello stesso oggetto *(quote),* perché le situazioni individuali son diverse sia nel senso che non sono dello stesso tipo, sia nel senso che non corrispondono a quote della situazione facente capo all'ente.

Il difetto delle teorie della realtà d'altro canto - a parte la già discussa identificazione del centro di soggettività con l'ente reale - è di non vedere o non tenere debito conto del nesso giuridico che le norme statutarie vengono a costituire fra le situazioni giuridiche riferite all'ente e le situazioni individuali che vi si riconnettono, risolvendo così il carattere funzionale delle prime nel mero «riflettersi su individui» delle situazioni facenti capo all'«ente collettivo». Fenomeno che sarebbe il portato naturale del fatto che gl'individui «fanno parte» del gruppo[174]. Il fenomeno è invece strettamente giuridico anche al di là del riferimento del diritto e del dovere al centro artificiale. La determinazione delle situazioni individuali che si ricollegano a quelle dell'«ente» - determinazione che non è, come s'è detto, il mero «scioglimento» delle situazioni date in situazioni-quota - ha luogo *giuridicamente* e cioè *deve* aver luogo anzi *ha* luogo come effetto giuridico assoluto e automatico, nel senso che è l'ordinamento giuridico stesso che attraverso quell'ordinamento derivato che è lo statuto provvede alla determinazione della parte attiva o passiva, vantaggiosa od onerosa, che ciascun socio o beneficiario *deve* avere nella vita dell'ente e indirettamente nelle situazioni giuridiche soggettive che all'ente medesimo fanno formalmente capo. È in questo senso — in senso *giuridico,* cioè, non *materiale* - che la soggettività delle persone giuridiche va qualificata come *strumentale*[175]. Ma ancora una volta non perché, come vorrebbero i teorici ricordati il diritto non possa eventualmente elevare a soggetti dei gruppi di fatto - gruppi che sarebbero soggetti a titolo giuridicamente «finale» perché in fatto organizzati -, ma in quanto la realtà giuridica degli ordinamenti statuali (interindividuali) rivela l'esistenza di quel diaframma giuridico fra realtà sociale sottostante e soggettività giuridica che costituisce l'ordinamento, la comunità giuridica derivata.

---

quelle del DUGUIT e (implicitamente) dello SCELLE, v., per tutti. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche* cit., 1923, p. 252 ss., spec. 257 ss. (con le riserve già formulate riguardo alla concezione di questo Autore).

[174] Stando alle teorie realistiche, le situazioni giuridiche soggettive, una volta assegnate alla persona giuridica «collettiva» cioè all'ente reale, «finirebbero» giuridicamente in capo a questo ente e si risolverebbero *materialmente* in situazioni (materiali?) favorevoli e sfavorevoli di individui fisici soggetti, della posizione di ciascuno dei quali nei confronti del tutto il diritto «esterno» all'ente si disinteresserebbe. È un po' la stessa idea dell'organizzazione come «fatto storico», sulla quale ci dovremo fermare più avanti.

[175] Di «strumentalità» in senso materiale si parla invece come vedremo a ragione per la soggettività internazionale degli «Stati» (sez. III del Capitolo seg.). Dal quale punto di vista ci sembrano da condividere le considerazioni dell'OTTOLENGHI, *Sulla personalità delle unioni di Stati*, nella *Rivista* cit. p. 474-77 ss.

C'è insomma un fenomeno di soggettività analogo al «diritto senza titolare»[176]. Accanto a questo - «al di sotto» o «al di là» di questo vorremmo dire - c'è il meccanismo normativo dello statuto[177].

[176] Non mette conto di spiegare l'ovvia analogia. Sul fenomeno, con riferimento al diritto romano e moderno v. per tutti WINDSCHEID, *Die ruhende Erbschaft,* in *Kritische Überschau,* I, p. I86 e *Dir. delle Pandette* cit., p. 207 ss., che ne ha formulato il concetto; FADDA e BENSA, *Note* cit, I, p. 715*;* FERRARA, *Trattato di dir. civ.* cit., I, p. 453 ss.; DE RUGGIERO, *Istituz.* 3ª, I, p. 202 ss., e gli aa. cit. da costoro.

[177] Il punto d'incontro tra le due figure è costituito dalla persona giuridica in funzione di diritto senza titolare (eredità giacente) o dalla persona giuridica con un solo membro (la «corporation sole» del diritto inglese).

SEZIONE III. - PERSONE GIURIDICHE, PERSONE REALI E BASE SOCIALE DELL'ORDINAMENTO

SOMMARIO. 11. Distinzione fra enti soggetti reali e giuridici. Persone reali e base sociale dell'ordinamento giuridico.

11. - Le considerazioni svolte trovano completamento e precisazione nella distinzione fra persone fisiche e giuridiche e nella definizione della posizione che le due specie di soggetti rispettivamente occupano entro il sistema.

Per quanto riguarda il primo punto, resta chiarito che il tratto caratteristico delle persone giuridiche non è costituito dalla natura di «enti diversi dall'uomo»[178] bensì dalla loro natura di enti giuridici e dal carattere strumentate della soggettività che ad esse fa capo. La distinzione fra persone fisiche e giuridiche sta dunque nella contrapposizione fra entità extragiuridiche o pregiuridiche ed entità giuridiche, fra entità reali o materiali ed entità giuridiche, entità presupposte o date ed entità create dal diritto. Concetti che pongono tutti in evidenza quella natura artificiale del centro di soggettività corrispondente alla p.g. che si trova riconosciuta in sostanza da tutta la dottrina quando essa afferma che le p.g. sono «creazioni» del diritto[179]. In queste condizioni ci sembra anzi opportuno contrapporre la persona giuridica alla persona *reale*, piuttosto che alla persona *fisica*.

Mentre quest'ultimo concetto richiama l'impropria e semplicistica contrapposizione fra esseri umani e non umani[180], quello di persona reale rende meglio il carattere «dato» a «presupposto» dell'ente rispetto al diritto, lasciando aperta nello stesso tempo la possibilità di classificarvi una categoria di enti soggetti che per il momento possiamo solo relegare nel mondo delle ipotesi o delle curiosità storiche: gli enti collettivi di fatto[181]

Questa differenziazione, oltre a contenere il meglio di ciascuno dei gruppi di teorie che si dividono il campo della dottrina delle persone giuridiche[182], consente anche una

---

[178] *Supra*, p. 43 ss.

[179] La differenza fra il centro d'imputazione *dato* e quello *creato* dall'ordinamento è evidentissima, p. es., nella finzione del diritto giustinianeo che la vita dell'ereditando si protraesse fino a: momento dell'accettazione dell'eredità (ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di dir. rom*., 10ª, 1949, p. 74 ss.). Si trattava, evidentemente, non della continuazione «artificiale» dell'ente soggetto reale estinto, ma della pura e semplice sostituzione ad esso, nella titolarità di determinante situazioni, di una «persona giuridica» in senso tecnico; oppure della costituzione o del mantenimento d'un diritto «senza titolare».

[180] Che questa sia la linea di minor resistenza nella distinzione fra persone fisiche e giuridiche è riconosciuto molto chiaramente dal DE FRANCESCO, *Persona giuridica*, cit., p. 933, spec. num. 3.

Per quanto ampia sia la funzione riconosciuta al diritto nella costituzione delle p.g., essa viene ridotta in ultima analisi all'attribuzione della soggettività giuridica ad un *quid* materiale. L'altra operazione, fa funzione che abbiamo visto svolgere al diritto rispetto alle sole persone giuridiche - che è poi il vero tratto differenziale del fenomeno - o non viene in considerazione o viene presentata come una mera azione unificatrice degli elementi materiali di cui l'ente si ritiene costituito e quindi sempre come una funzione aggiuntiva e secondaria rispetto all'essenza data dell'ente. Tanto nella persona giuridica che nella persona fisica l'ente sarebbe sempre un «essere» e in entrambe l'aspetto giuridico del fenomeno si ridurrebbe all'attribuzione della qualità di soggetto in senso stretto. Non ci si avvede che così facendo si lascia fuori dalla costruzione quell'organizzazione giuridica dell'ente che nel caso dello Stato comprende nientemeno che la costituzione. E non la si salva, come si vedrà, con l'artificiosa costruzione dell'organizzazione come «fatto storico».

[181] *Infra*, Cap. III di questa Parte.

[182] Delle teorie realistiche essa tien ferma l'idea d'un fenomeno di soggettività facente capo almeno strumentalmente ad un centro d'imputazione diverso dagli individui membri agenti, facendo salvo ed anzi valorizzando d'altra parte l'elemento costituito dalla giuridicità del centro d'imputazione e dell'organizzazione sottostante. Dalle teorie giuridiche essa accoglie l'idea fondamentale della persona giuridica come organizzazione *giuridica* di soggetti,

rappresentazione più realistica di quel rapporto fra ordinamento e società che la dottrina più recente tende giustamente a valorizzare e che le dottrine organiche a nostro avviso finiscono per falsare. Alludiamo al concetto di membri originari della società e di base sociale dell'ordinamento, ed alla distinzione fra società e organizzazione giuridica, fra relazioni intersoggettive paritarie ed istituzione o rapporti gerarchici.

Le persone reali costituiscono i soggetti primari dell'ordinamento giuridico e la sua ragion d'essere fondamentale. Perché è senza dubbio esatto, p. es., di fronte a un ordinamento giuridico interindividuale come quello dello Stato, dire che esso è inteso a regolare essenzialmente la vita di relazione fra individui. Le persone giuridiche, invece, costituiscono di per sé stesse, prima che dei soggetti accanto alle persone fisiche, manifestazioni della vita di relazione interindividuale regolata dall'ordinamento. In altri termini, mentre le persone reali costituiscono la base sociale dell'ordinamento e compongono nel loro insieme l'ambiente entro il quale il fenomeno giuridico si produce e svolge la sua azione normativa, le persone giuridiche restano estranee alla base sociale, costituendo piuttosto un fenomeno « secondario» o derivato rispetto alla soggettività giuridica ed ai rapporti giuridici fra le prime. Le persone reali sono - in quanto enti dati - un *prius* rispetto allo stesso ordinamento[183]. Le persone giuridiche sono un *posterius*, un prodotto, meglio una parte dell'ordinamento che dalla base scaturisce e sulla base in ultima analisi tende ad agire direttamente o indirettamente. Dell'ordinamento le persone giuridiche costituiscono precisamente la parte più complessa ed evoluta: l'organizzazione centrale e periferica. Esattamente il contrario, cioè, di quello che si dovrebbe dire secondo i realisti, stando ai quali si dovrebbe ritenere che le associazioni. le fondazioni, le società commerciali, i comuni, le province, le regioni, gli Stati membri di Stati federali e via dicendo, che insieme con lo Stato costituiscono l'organizzazione giuridica della società, facciano parte insieme con questo della società stessa a titolo originario[184].

---

senza negare d'altra parte l'esistenza d'un fenomeno di polarizzazione di diritti e doveri distinti e diversi dalle situazioni giuridiche facenti capo attraverso lo statuto agli individui membri agenti.

[183] A questo concetto ricorre a un certo punto il GANCI, *Persone fisiche e persone giuridiche* cit., p. 2 s., che si contraddice pero quando riconosce alle p.g. un'essenza extragiuridica.

[184] Questo e non altro significa l'idea comune dei teorici «realisti» che il diritto «troverebbe» nella vita sociale organizzazioni per la soddisfazione d'interessi e bisogni collettivi: organizzazioni che esso «personificherebbe» (Così p. es., DE FRANCESCO *Persona giuridica* cit., p. 935). L'elemento essenziale non è la personificazione, ma l'organizzazione giuridica della comunità, con le conseguenze che si son viste ai fini della individuazione dello stesso centro di soggettività. Il che è avvertito in parte dallo stesso autore ora cit. quando al rilievo comune dell'azione modellatrice del diritto sull'organizzazione data aggiunge che la risultante di questa azione «è qualcosa di diverso da quello che preesisteva» (DE FRANCESCO, *Op. l. cit.*).

SEZIONE IV. - LA PERSONA GIURIDICA DELLO STATO (DIR. INTERNO)

SOMMARIO: 12. Caratteri peculiari del problema rispetto a quello delle p.g. inferiori. - 13. Evoluzione dottrinale. Dati che se ne desumono agli effetti della concezione dello Stato-persona come entità giuridica. - 14. Dimostrazione di questa concezione.

12. - La concezione delle persone giuridiche come centri meramente giuridici d'imputazione vale per la persona giuridica corrispondente allo Stato non meno che per quelle inferiori. La nozione dello Stato come ente giuridico presenta tuttavia una difficoltà che spiega il maggior favore che le dottrine realistiche incontrano nel campo del diritto pubblico[185]

La conclusione raggiunta, che l'ente al quale la soggettività è attribuita non è la realtà sottostante ma un'entità giuridica, poggia su due rilievi: *a*) il diritto esercita la sua azione sulla realtà in questione, «qualificandola»; *b*) poiché sarebbe assurdo che il diritto, che tende ad imprimere alla realtà stessa una certa struttura, assuma poi questa realtà a centro di riferimento di diritti e doveri, non si sfugge alla conclusione che l'ente elevato a soggetto è in qualunque momento un centro meramente giuridico di soggettività. Conclusione che non contrasta con l'esistenza della realtà sociale, l'esistenza dell'ordinamento stesso come fatto storico e l'esistenza d'un'azione del diritto sulla realtà sociale e dei relativi effetti. fenomeni tutti questi che rientrano nel mondo dell'essere. Ma prima che su questi due punti, quella conclusione poggia sul dato che non c'è persona giuridica inferiore allo Stato la cui nascita, estinzione o modifica non corrisponda ad un effetto giuridico determinato nell'ordinamento superiore dal verificarsi di condizioni esplicitamente previste da norme materiali (fatti giuridici) o dalla posizione di norme *ad hoc*[186].

Quando dalle persone giuridiche inferiori si passa allo Stato - che è anch'esso soprattutto un fenomeno di organizzazione più che di soggettività in sé e per sé, - il problema si presenta in termini sensibilmente diversi perché il dato della qualificazione giuridica della «realtà sottostante» non si può desumere, come negli altri casi, da un ordinamento superiore (dall'esistenza e posizione del quale per il momento si prescinde), ma va tratto invece dallo stesso ordinamento dell'ente originario[187]. Con la conseguenza che la ricerca di quel dato diventa più problematica e può sorgere anzi il dubbio che esso sussista in misura tale da giustificare l'identificazione della p.g. e della sua organizzazione con un ente esclusivamente giuridico. La difficoltà principale sta nel fatto che da quando la dottrina ha abbandonato le idee giusnaturalistiche l'origine del diritto

---

[185] È un fatto noto. osserva FERRARA,*Teoria*, cit., 1923, p. 49, che «il campo del diritto pubblico è stato sfuggito dai seguaci della finzione [leggi: teorie tendenzialmente giuridiche] ed è dal diritto, pubblico che è cominciato e s'è ingagliardito il movimento che vede nelle persone giuridiche delle realtà s. In senso analogo ROMANO, *Frammenti*, cit., voce *Organi*, p. 148 s., il quale rileva ancora che la tendenza organicista (alla quale appartiene) sarebbe stata determinata, tra l'altro, dalla «sconvenienza» di «rappresentare lo Stato, l'ente sovrano, il soggetto superiore ad ogni altro, come una persona incapace, un minore o un ammalato di mente».

[186] *Supra*, num. 5, p. 57 s. Ciò è evidente non solo nel caso delle associazioni, fondazioni, società commerciali, comuni, provincie e via dicendo, che si costituiscano nell'ambito sociale stesso dello Stato, ma anche nel caso, p. es., che entri a far parte d'uno Stato federale una comunità già estranea. Anche in questo caso infatti - che è poi l'elevazione a persona giuridica di una comunità organizzata in fatto (ordinamento originario), - l'ente comincia e rispettivamente cessa di essere persona giuridica nell'ambito dell'ordinamento superiore quando il suo ordinamento viene rispettivamente assunto a parte dell'ordinamento federale o cessa di farne parte *per effetto d'un mutamento giuridico* nell'ambito dell'ordinamento federale stesso.

[187] Su questa difficoltà - ma in termini di «legittimazione» dell'ordinamento originario - v. ROMANO, *L'insstallazione di fatto cit*., p. 25.

viene posta in un *quid* che coincide più o meno esattamente con la stessa realtà sociale sottostante alla persona giuridica Stato, di guisa che appare inevitabile - più che negli altri casi - identificare il centro di soggettività con l'organizzazione storica o la società stessa[188].

Non è difficile tuttavia rintracciare nella migliore dottrina moderna del diritto e dello Stato elementi sufficienti per dimostrare che *mutatis mutandis* anche la persona e l'organizzazione dello Stato costituiscono entità giuridiche, e che anche in questo caso le concezioni «realistiche» ed organicistiche della persona giuridica non sono accettabili. Quest'ultime, a ben guardare, sono soltanto un residuo di concezioni statualistiche del diritto che hanno fatto ormai il loro tempo.

13. - Per le dottrine del diritto divino e naturale, che almeno formalmente ponevano l'origine e la giustificazione del diritto al di fuori dell'ambiente sociale e statuale, il problema dello Stato non doveva presentare difficoltà teoriche insormontabili. Queste dottrine potevano concepire e in fatto concepivano lo Stato come un'organizzazione legittimata dall'ordine divino o naturale. La sua nascita ed estinzione, come organizzazione giuridica facente capo al monarca o come «persona», si atteggiavano quindi in modo sostanzialmente non diverso da quello in cui per noi si atteggiano la nascita e l'estinzione delle persone giuridiche parziali. La legge naturale o divina legittimava il potere del sovrano assoluto o sanzionava il *pactum societatis* e il *pactum subjectionis* un po' allo stesso modo come il diritto statuale legittima gli organi del Comune o l'atto privato costitutivo dell'associazione[189].

La ragione per cui il problema si è posto in modo più arduo alla dottrina successiva e che ha determinato soprattutto l'impossibilità di impostare in maniera soddisfacente il rapporto fra diritto e Stato, risiede nel fatto che da un lato è venuta meno quell'istanza superiore che era costituita dal diritto divino o naturale e dall'altro si è collocata *nello Stato stesso* anziché nella *società* l'origine prima del diritto. Con la nota conseguenza che il diritto veniva presentato come un *posterius* rispetto alla formazione dell'organizzazione statuale e il costituirsi e il venir meno di questa organizzazione doveva esserne posto almeno in linea di principio, al di fuori. E di qui la costruzione della «persona reale» dello Stato collocata al posto della persona fisica del sovrano[190],

---

[188] È questa la ragione, come si cercherà di chiarire in questa sezione, dei pericolosi equivoci ai quali può dar luogo una concezione impropria del metodo «realistico} nel diritto pubblico (*infra*,. p. 113 ss.).

[189] Non doveva dunque essere difficile per quelle dottrine spiegare almeno in teoria la formazione e la dissoluzione materiale dello Stato come la realizzazione della condizione giuridica (fattispecie) della legittimazione o della cessazione dell'ordinamento. E non è escluse che un esame di queste dottrine alla luce dei concetti moderni porti proprio alla conclusione che esse identificassero lo Stato dal punto di vista giuridico proprio con l'ordinamento di una determinata società in un dato momento storico.

Se un problema esisteva, esso era quello di giustificare o condannare a seconda del caso sulla base del diritto divino o razionale «superiore» le formazioni e i disfacimenti di Stati e di governi comunque verificatisi (e effettivi :e diremmo oggi), e l'assenza di ogni legame formale del diritto divino o razionale con una realtà empirica doveva rendere in fondo questo compito piuttosto agevole. Quando non soccorrevano le formule esistenti non era difficile trovare la legittimazione o la condanna del nuovo stato di cose in una formula che tenesse conto della nuova realtà oppure in un atto idoneo a modificare la formula vecchia nello stesso senso. V sul punto KELSEN, *General Theory*, cit., p. 1l; MORTATI, *La Costituente*, Roma, 1945, p. 36 ss.

[190] I rappresentanti più decisi di questa tendenza sono stati, in Italia, il DONATO D., *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico,* 1910, spec. p. 35; e *La persona reale dello Stato*, nella *Riv. dir. pubbl*., 1921, p. 1-22; e il BONUCCI, *Ordinamento giuridico e Stato, Contributo alla teoria della definizione*, nella stessa *Riv*., 1920, I, p. 97 ss. Su posizioni essenzialmente statualistiche si mantiene anche il CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale*

Questo modo di vedere, al quale si contrapponeva sia la sostanza sociologica di una parte delle stesse dottrine generalmente qualificate come giusnaturalistiche (e formalmente tali) sia la concezione della scuola storica del diritto, non è durato però a lungo, anche se ne perdura tuttora la conseguenza principale nella nozione dominante dello Stato come «persona reale».

Innanzi tutto le stesse dottrine statualistiche, a parte la difficoltà in cui si trovavano di fronte alle concezioni avanzate dalle scuole precedenti, erano costrette, loro malgrado, ad ammettere l'esistenza della qualificazione dell'organizzazione statale per opera del diritto[191] Qualificazione che, per quanto ammessa artificiosamente solo *a posteriori* (autolimitazione), contraddiceva l'idea che l'organizzazione dello Stato fosse *data e* costituisse la sola fonte del diritto, e forniva già di per sé, come ora vedremo, un forte argomento a riprova dell'essenza giuridica dello Stato-soggetto e della sua organizzazione. In secondo luogo si è prodotto - prima nell'alveo stesso delle dottrine statualistiche e in proseguimento dell'opera della scuola storica, poi in senso decisamente critico – quel vasto movimento dottrinale che ha scalzato gradualmente l'idea che il diritto derivasse dallo Stato. Prima si è mitigata l'assolutezza del postulato statualistico aggiungendo alla fonte costituita dagli organi dello Stato una gamma di fonti indipendenti che andava dal giudice-fonte alla consuetudine[192], e dalla prescrizione alla necessità, alla ragione delle cose ed alla coscienza dei consociati della scuola storica[193]. Fonti che venivano utilizzate fra l'altro per dare una spiegazione della giuridicità dell'organizzazione statuale meno artificiosa dell'«autolimitazione». In un secondo momento, poi[194], le teorie sociologiche e la stessa dottrina pura[195] hanno decisamente spostato la gente prima del diritto dalla sede statuale e quella sociale, intendendo per società qualcosa di più ampio e anteriore allo Stato, e quest'ultimo generalmente nel senso di autorità o comunità organizzata. Sviluppo riallacciante si fondamentalmente all'opera della scuota storica[196]. Al binomio *Stato-diritto* s'è sostituito il binomio *società-*

---

de l'Etat, Parigi, 1922, I, p. 62. Come è noto, uno dei maggiori sostenitori dell'origine statualistica del diritto è l'AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, ecc. (1832), ed Campbell, Londra, 1899. p. 6 ss.

[191] Cfr. JELLINEK; G, *La dottrina dello Stato*, I, ediz. ORLANDO, 1921, p. 513; CARRÉ DE MALBERG, *Op. cit.*, p. 62 ss.

[192] Cfr. BOBBIO,*La consuetudine come fatto normativo*, Padova 1942, p. 5.

[193] V. p. es. SCIALOJA *Sulla teoria dell'interpretazione delle leggi. Scritti giuridici in onore di Schupfer*, III, p. 306; ROMANO., *L'instaurazionre di fatto*, cit. p. 56 ss., 58 e passim; ORLANDO *Recenti indirizzi circa i rapporti fra diritto e Stato Riv. dir. Pubbl.*, 1926,. I, 773 *ss.* spec. 281.

[194] Il Passaggio dal primo momento al secondo è evidente, p. es., nel confronto fra *l'Instaurazione. di fatto*, cit. e l'*Ordinamento giuridico*, del ROMANO.

[195] V. le note ss. e soprattutto la nota 127.

[196] Questo movimento comprende non solo le dottrine sociologiche dell'HAURIOU, *Principes de droit public*, 2ª ed., 1916, p.155.,45 ss.,111; *Précis de droit cosnstitutionnel*, 2 ª ed. 1929, p. 73; del ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit.; del GURVITCH, *L'idée de droit social* Parigi, 1932 e *Théorie pluraliste des sources du droit positif,:* in *Le probléme des Sources du Droit Positif. Ann. de I'inst. Internat. de Phil. du Dr.* ecc., Parigi, 1934, e le teorie dell'«istituzione» e del «fatto normativo» da costoro avanzate, ma anche, nonostante certe apparenze, tutte le dottrine che hanno approfondito ed allargato la ricerca sulle fonti in senso formale, e soprattutto le teorie del KELSEN, *Alligemeine Staatslehre*, cit., spec. p. 229 ss. e *General Theory of Law and State*, cit., p. 123 ss.; e del PERASSI, *Teoria dommatica*, cit. spec. p. 3 ss. dell'estr. e *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., spec. p. 9-17. Ed allo stesso indirizzo si ricollegano le concezioni indipendenti dell'ORLANDO *Recenti indirizzi*, cit., p. 273 ss., 277, 280; del DEL VECCHIO, *Moderne concezioni del diritto*, nella *Riv. internaz. di fil. del dir*., I (1921), p. 198 ss.; del CARNELUTTI, *Teoria generale del dir.*, cit., p. 73, 117; e del BURCKHARDT, *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft*, cit., p. 17 e *passim.* Tendenze valorizzate con particolare energia dal GIULIANO, *Considerazioni*, cit. e *La comunità internazionale*, cit.; e

diritto. E questo spostamento apre appunto la via alla identificazione dello Stato con una entità giuridica.

Non interessano, ai fini presenti, le innumerevoli variazioni che la grande famiglia delle teorie del diritto come fenomeno sociale (non «statuale») presenta sui vari problemi fondamentali: se il diritto provenga dalla coscienza dei consociati o dalla forza dei dominanti o da motivi etici o economici oppure, com'è più probabile, da tutte queste cose insieme; se una volta riconosciuta la natura sociale e non «statualistica» del diritto si debbano riallacciare le norme primarie e non scritte direttamente alla società, oppure convenga descrivere l'intero ordinamento in modo schematico raffigurandolo gradualisticamente come una piramide e ponendo al suo vertice (o base) una o più norme fondamentali nelle quali si sintetizzino in proposizioni normative i dati storico-sociali dai quali la prassi e la scienza desumono i «dover essere» ai quali tutti gli altri si ricollegano[197] Né importa, ai fini presenti - per quanto importi moltissimo ad altri effetti -

---

dall'AGO, *Scienza giuridica* ecc. cit., *passim* e ll. cit. nella nota seg. ed *infra*, nota 145 *bis*.

Il fatto che il Kelsen e il Perassi tendano a ricondurre gradualisticamente tutte le fonti entro il sistema dommatico presentandole tutte come fonti in senso formale non esclude, come ora si vedrà, questi autori e le loro scuole dal novero delle dottrine alle quali spetta il merito del superamento in parola.

Su questo superamento v. le belle e chiare pagine del BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo,* cit., p. 4-11, e dello stesso A. *Istituzione e dir. sociale,* nella *Riv. internaz. di fil. del dir.,* 1936, p. 404 ss.

[197] È questa in sostanza la divergenza fra le varie dottrine della *normabase* facenti capo al KELSEN ed al PERASSI e seguite in Italia spec. dal MORELLI, dall'AGO prima maniera, dal BALLADORE PALLIERI prima maniera, dallo ZICCARDI e da altri (v. l'elenco dei seguaci in SPERDUTI, *La fonte suprema,* cit., p. 13 ss., nota 1) e le dottrine delle norme fondamentali del ROMANO, del PERASSI seconda maniera. del BALLADORE PALLIERI e del QUADRI da una parte, e gli scrittori che preferiscono rifarsi senz'altro al *fatto normativo,* sulla scorta delle dottrine dell'istituzione e soprattutto del GURVITCH, *Op. cit.*, p. 107 (sulle quali ultime BOBBIO, *Istituz. e dir. soc.*, cit., spec. 411; e *La consuetudine,* cit., p. 7), come fanno in sostanza lo SPERDUTI, *La fonte sprema,* cit.; il GIULIANO *Considerazioni,* cit., l. cit. e *La Comunità internaz. e il dir.,* cit., spec. 221; e l'AGO; *Scienza giuridica e dir. internaz.,* cit., 38 ss., 78 ss. (opere le ultime due, delle quali si è tenuto conto limitato). La norma-base. infatti, a ben guardare, sia che venga presentata come «grundlegende Hypothese» (KELSEN, *Allgemeine Staatslehre,* cit., p. 126, 249 ss.; e *General Theory,* cit., p. 395, 115 ss.; GUGGENHEIM, *Lehrbtch,* cit., p. 10), sia che venga intesa come postulato (PERASSI, *Teoria,* cit., p. 7, 9-13; e *Introduzione,* cit., p. 43-44; MORELLI, *Nozioni,* cit., p. 11), sia ancora che venga qualificata come norma positiva (ZICCARDI, *La costituzione,* cit., p. 78 ss.; 88 ss., 129 ss.), resta sempre uno strumento di lavoro in un certo ambito - quello della dommatica - e pur superando la concezione statualistica del diritto non implica aicun trascendentalismo giuridico. Tutto sta nel modo come la si determina e nel contenuto che le si attribuisce.

Per limitarci a giustificare l'assunzione che facciamo delle dottrine «normative» del diritto e delle dottrine della norma base in genere fra quelle che mantengono il fenomeno giuridico, nell'ambito sociale senza identificarlo con il prodotto della volontà dello Stato, sta di fatto innanzi tutto che il PERASSI, *Teoria dommatica,* cit., p. 14 dell'estr.; lo ZICCARDI, *La costituzione,* cit., spec. 121 ss. e il MORELLI, O*p. l. cit*., e come loro gli altri aa. che si valgono di questa formula, desumono la norma base dalla realtà storico-sociale ed a questa realtà la mantengono ancorata, coerentemente con l'idea del primo A. che essa costituisce un postulato per la dommatica giuridica ma sempre un dato da dimostrare sul piano della sociologia e della storia (*Teoria,* cit., p. 13-14 dell'estr.; *Introduz.,* cit., p 25-26). Interpretazione avvalorata anche dalle chiare pagine del PERASSI (*Introduzione,* cit., p. 9 ss.) in tema di società, norme sociali e produzione giuridica. V. ad ogni modo le considerazioni dello SPERDUTI, *La fonte suprema,* cit., p. 74, nota 135.

Quanto al KELSEN, la sua posizione appare senza dubbio meno chiara di quella perassiana (cfr. SPERDUTI, *La fonte suprema,* cit., p. 25). Non ci sembra si possa dubitare però, quale che sia l'opportunità di porre il problema del fondamento del diritto in termini di norma base. che anche per il Kelsen il diritto è un fenomeno sociale sia nel senso che *agisce sulla società* sia nel senso che *dalla società scaturisce* Senza entrare in discussioni che in questa sede sarebbero superflue, ci limitiamo ad osservare che ciò è evidente sia nei riferimenti frequentissimi del Kelsen alla società umana come sede del fenomeno giuridico (*General Theory,* cit, p XIV s., 1 ss., 15, 16-17, 188 ss., spec. 189-91), al diritto come «social technique» (*Op.* cit., p. XV, 15 ss., 25 s.) ed alla sanzione giuridica come «socially organized sanction» in contrapposto alle «transcendental sanctions» (p. 16 s.), sia e soprattutto nel fatto che il K. pone la norma base come ipotesi fondamentale dal punto di vista di una scienza giuridica da lui identificata totalmente, in sostanza, con quella dommatica nella quale il Perassi ravvisa soltanto la parte più strettamente tecnica di una più ampia

scienza comprensiva anche della c. d. «sociologia giuridica». Questo e non altro significa la qualifica di «normativa» che il Kelsen attribuisce alla scienza giuridica *(General Theory* cit., p. 110). Ciò è tanto vero che quando il Kelsen definisce la norma base di un ordinamento determinato - e determinato scientificamente come ordinamento giuridico sulla base di dati empirici -, egli indica una proposizione normativa avente per oggetto la legittimazione di una fonte di diritto storicamente funzionante nell'ambito della società sottostante all'ordinamento di cui si tratta (v. i riferimenti in SPERDUTI, *La fonte suprema,* cit., p. 88, 29 e aggiungi *General Theory,* p 118 ss., 120 ss.) Norma che corrisponde nel suo contenuto alla realtà storico-giuridica individuata empiricamente dalle dottrine della norma base positiva, dalle dottrine istituzionalistiche e dalle dottrine non qualificate. La norma base dell'ordinamento internazionale, p. s., è individuata dal K. (*Théorie du droit international coutumier,* nella *Rev. internat de la Th du droit,* 1939, p. 258 s.) in una proposizione normativa che eleva a fonte primaria quella stessa consuetudine alla quale fanno capo sia lo ZICCARDI (O*p.* cit.) che segue la teoria della norma base positiva sia lo SPERDUTI (*Op.* cit.) che preferisce fare a meno della norma base, sia il GIULIANO (*Scr*. e *Op.* cit.) che fa altrettanto, sia la maggioranza larghissima degli internazionalisti d'ogni scuola o tendenza. E il Kelsen avverte (*Der soziologische u.der juristische Staatsbegriff,* p. 95 s.) che sarebbe assurdo considerare oggi l'ordinamento russo partendo dalla norma che qualificava lo Zar come organo supremo. L'impressione contraria può derivare dal fatto che il Kelsen parla del diritto come sistema «normativo» della vita sociale, il che non piace ai «realisti»; parla della scienza giuridica come «scienza normativa» (*General Theory* cit., p. 163 ss.); qualifica la norma base come «ipotetica» (*Allgemeine Staatslehre* cit., p. 104) e «non positiva», (*Op.* cit. l. cit. e *General Theory,* p. XV, 115 ss., 401), e la determinazione della norma stessa come «arbitraria» (*Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* cit., p. 96 ss.; *General Theory* cit., p. 388); esita a «scegliere» fra primato del diritto internazionale e primato del diritto interno (*Allgemeine Staatslehre* cit., p. 128); ed insiste spesso sulla funzione formativa e costitutiva esercitata dal diritto sulla società (*General Theory* cit., p. 15, 182 ss., 187).

Questi atteggiamenti però, se giustificano a volte il rilievo di difetto di chiarezza, non giustificherebbero l'interpretazione della dottrina del Kelsen come una concezione razionalistica e trascendentalistica del diritto. L'idea che il diritto sia un sistema normativo della vita sociale non può non esser condivisa da chi distingua, come il Kelsen distingue, *l'essere storico* della norma dal *dover essere* che ne costituisce il contenuto *(General Tkeory* cit., p. 35 ss., 163 s., spec. 393-94, ma ancora più chiaramente in *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* cit., p .75 ss., spec. 76-77; e cfr. AGO, *Scienza giuridica e dir. internaz.* cit., p. 65 ss.). Distinzione che evidentemente implica il riconoscimento del carattere *storico* del diritto accanto al suo contenuto ed alla sua fitnzione normativa (per l'atteggiamento contrario di una parte della dottrina riguardo al secondo punto v. *infra,* p. 110 ss. testo e note). Quanto alla definizione della scienza giuridica come «normativa», essa corrisponde, se non erriamo, proprio alla definizione perassiana della dommatica giuridica, salva la differenza cui si accennava, che per il Perassi la dommatica è solo una parte della scienza giuridica, mentre per il Kelsen, una volta definita come normativa la scienza giuridica, il meta-dommatico rimarrebbe affidato ad altre scienze (v. spec. *General Theory,* p. 45). Nel che, in fondo, non c'è nulla di grave posto che si ammette che il problema metagiuridico possa formare oggetto d'indagine scientifica. Che il Kelsen non assegni alla scienza con quell'aggettivo una funzione di produzione giuridica è ben sicuro anche nell'ultima formulazione del suo pensiero *(General Theory* cit., p. 131-32; e per riferimenti alle opere anteriori v. SPERDUTI, *La fonte suprema,* cit., p. 82 s.). Quanto alla «ipoteticità» e non «positività» della norma base ed all'«arbitrarietà» della sua determinazione, l'interpretazione più attendibile alla luce del senso comune e dell'esposizione kelseniana è quella che considera questi aggettivi in stretto rapporto con il concetto di scienza giuridica come «dommatica» e (a differenza del Perassi) *soltanto* dommatica. La qualifica di «ipotetica» e «non positiva» della norma base non ne fa qualcosa di diverso dal «postulato» del Perassi. La nonna è ipotetica e non positiva *dal punto di vista della scienza normativa* (*dommatica*) perché da questo punto di vista si possono considerare esistenti e positive solo le norme che risultino prodotte mediante un procedimento giuridicamente qualificato (*Der sociologische u. der juristische Staatsbegriff,* p. 101, nota). Ciò non esclude, quindi, che in senso assoluto - e in particolare dal punto di vista di una scienza diversa da quella giuridico-dommatica (scienza di *dover* essere) - essa corrisponda nel suo contenuto ad un fatto o ad una situazione storico-sociale determinabile empiricamente, vale a dire ad una norma positiva in *senso storico*. Quanto alla «arbitrarietà» della determinazione della norma, essa s'intende nello stesso senso relativo *rispetto alla scienza normativa*. La determinazione è arbitraria in quanto non e «obbligata» da una norma che qualifichi come fonte in senso dommatico il fatto da cui la norma base deriva. Essa non è arbitraria, invece, - come non è ipotetica la norma - dal punto di vista storico-sociologico (*Op.* cit., p. 95 ss.). Quanto infine alla costitutività del diritto rispetto alla società. è evidente che il K. allude alla società in quanto convivenza civile giuridicamente regolata e organizzata, e delimitata da un ordinamento rispetto ad altre comunità analoghe. Che è una funzione ultimamente rivendicata al diritto da un autore realista come il BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituz.,* cit., p , 5, 6, 8 ss.. il quale non pensa certo all'ordinamento giuridico come ad un fenomeno di derivazione trascendentale o razionale.

Per parte nostra, riteniamo sia preferibile fare a meno della formula, soprattutto per evitare che la sua presenza faccia pensare ad un limite insormontabile del compito della scienza giuridica. E da questo punto di vista concordiamo dunque con il GURVITCH, *Théorie pluraliste,* cit., p. 114 e gli autori sopra ricordati nel respingere l'idea. Siamo tuttavia dell'avviso con lo Sperduti che non è il caso di esagerare negli atteggiamenti critici, asserendo che la dottrina

che si concepisca questo sistema composto di «norme», «regole», «canoni di valutazione», «valutazioni», «giudizi», «giudizi giuridici» o «giudizi di valore», e via dicendo[198]. Interessano due risultati che possono considerarsi acquisiti alla scienza

---

kelseniana pone il diritto fuori della società (come fa. tra gli altri, il BISCARETTTI DI RUFFIA, *Dir. Costituzionale, Lo Stato democratico moderno,* 1941, p. 15 e come sembra fare da ultimo il GIULIANO, *La comunità internazionale e il diritto,* cit., p. 103 ss.. spec. 105, 106, 107, 110 ss.).

La differenza fra il K. ed il Gurvitch, p. es., (lasciamo da parte per il momento il ROMANO e rinviamo al DESQUEYRAR, *Op.* cit. per gli addentellati e i precedenti della teoria del (Gurvitch), sta in sostanza solo nel fatto che il primo ci presenta il diritto non scritto prodotto dalla fonte primaria come fonte in senso formale, mentre il GURVITCH (*Op.* cit., p. 107) distingue *diritto positivo formale* e *diritto positivo intuitivo* «costatato con una visione diretta e immediata del fatto normativo», uno stadio *spontaneo* e uno *riflesso* della produzione giuridica, fonti primarie, materiali e dinamiche valevoli per sé stesse e fonti *secondarie* formali e statiche (v. la *Théorie pluraliste* cit., p. 117 ss.: BOBBIO, *Scr.* sopra cit., p. 40 ss.); e nel fatto che mentre il primo restringe la scienza giuridica alla dommatica, il seconda tende a concepirla unitariamente nei suoi vari gradi storico-formali (*Théorie pluraliste* cit., p. 118). La differenza appare sostanzialmente superata come tante altre divergenze formali della dottrina quando s'intenda al lume del senso comune - come intende il CAPOGRASSI, *Note sulla molteplicità degli ordinamenti,* cit., p. 18 - che «La norma fondamentale di ogni ordinamento è l'ordinamento stesso nella sua profonda esigenza costitutiva»: cioè una formula riassuntiva (la stessa idea in GIULIANO, *Considerazioni sulla costruzione,* ecc., cit, p. 184-185, e già in MERKL, *Die Lehre von der Rechtskraft,* Lipsia, Vienna, 1923, p. 210). Il che - ferma restando la legittimità del dubbio che sia opportuno rifarsi a una norma base per costruire la fonte primaria come fatto di produzione giuridica in senso formale piuttosto che al fatto normativo nel senso del GURVITCH (*L'idèe du droit social,* cit. e *Théorie pluraliste* cit., p. 118 ss.) - esclude che si possa muovere alla dottrina normativa l'accusa di porre il diritto fuori della realtà. Non è poi dalla teoria della norma base che deriva il monismo giuridico, che è un portato dell'apriorismo individualistico del diritto dal quale partono alcuni soltanto degli autori che si valgono della formula (v. su ciò *supra,* p. 87 s. e *infra,* p. 193 ss.). Né è dalla teoria della norma base, ma solo dalla concezione normativa del contenuto del diritto, che deriva la costruzione dello Stato come una entità giuridica. Costruzione quest'ultima che ci sembra giustificata, nel senso che vedremo, con o senza la norma base.

Va tenuto presente poi, a nostro avviso. che una volta che la norma base sia ben scelta con rigoroso metodo scientifico sulla scorta dei dati storici-sociologici disponibili, la presenza della formula da un lato non nuoce, dall'altro presenta una certa utilità nel tener fermo quel carattere essenzialmente normativo del contenuto del diritto che potrebbe andar smarrito quando si proceda (giustamente) sulla base della nozione delle fonti primarie come fatti normativi bl senso originario. Sta di fatto che quel carattere, e soprattutto l'idea che il diritto, pur scaturendo dalla società, *agisce su di esso* ed in questo senso costituisce una «social technique» (Kelsen), è ben chiaro (anche se non è tenuto fermo. p. es. nella teoria del rapporto fra diritto internazionale e interno - *infra,* p. 203 ss.) in tutti i teorici della norma base, mentre sembra smarrirsi a un certo punto nella costruzione del ROMANO (come si vedrà subito *infra,* p. 110 ss.). e non può non apparire fortemente scosso nelle concezioni che presentano unilateralmente il diritto sola come «struttura» o «sovrastruttura» o «prodotto»: della società senza metterne nel dovuto rilievo il contenuto e la funzione normativa della vita sociale (v. *supra,* nota 81, p. 83).

[198] Ci limitiamo a tenerci aderenti su questo punto alla dottrina tradizionale che vede l'essenza del fenomeno giuridico nell'*imperativo* (THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo.* ediz. it., p. 7 ss.. DEL VECCHIO, *Il concetto del diritto,* Bologna, 1906, p *73;* CARNELUTTI, *Sistemi del diritto process. civ.* I, Padova, 1936, p. 16 ss. e *Teoria generale* cit., p. 67-70; BARBIERO, *Sistema istituzionale,* cit., I, *Introdus.*; MORELLI, *Nozioni,* cit., p. 6 ss.. 62 ss, BALLADORE PALLIERI, *Dir. Costituz.,* cit. p. 3 ss.).

La giuridicità dell'ordinamento internazionale - tasto questo che deliberatamente evitiamo di toccare *ex professo* - non è scossa dalla concezione imperativistica del diritto *in sé e per sé,* perché questa non si identifica affatto - come giustamente osserva il CARNELUTTI, *Teoria generale,* cit., p. 73 - con le dottrine che non vedono altro diritto al di fuori di quello emanato dalla volontà dello Stato. Il difetto dell'ente sovraordinato (cioè il difetto di *organizzazione*) non esclude che si producano in seno alla società internazionale degli imperativi giuridici non identificabili con manifestazioni d'un fenomeno meramente contrattuale (nel qual caso si dovrebbe concludere in senso negativo come fa il CARNELUTTI, *Teoria generale,* cit.. p. 73-75), ma scaturenti dal corpo sociale sotto forma di diritto intuitivo o spontaneo (consuetudine), secondo le teorie istituzionalistiche del ROMANO e del GURVITCH e le altre teorie del fatto normativo: o nell'ambito dell'intera comunità oppure, eventualmente, nell'ambito di istituzioni minori entro le quali si producessero fenomeni del genere di quelli in cui il QUADRI, *Dir. int. Pubbl.,* cit., p. 21, ss., ravvisa in certo modo l'istituzione corrispondente alla comunità internazionale tutta intera. Dopodiché resta sempre da spiegare, s'intende, che cosa siano esattamente e come si presentino in pratica gl'imperativi giuridici internazionali, specie per quanto ha tratto alla loro sanzione e coercibilità.

Quanto alle configurazioni della norma giuridica e del diritto come «valutazioni» e «giudizi» di fatti della vita

giuridica grazie allo sviluppo ricordato.

Il primo dato è un il diritto è un fenomeno di derivazione sociale e non è legato allo Stato né nel senso che non vi sia diritto che non sia posto dagli «organi» dello Stato. né nel senso che non si dia un fenomeno giuridico al di fuori delle società organizzate a Stato, né nel senso che lo Stato costituisca *an prius* rispetto al diritto[199]. Il secondo dato è che il diritto si manifesta come fenomeno normativo in seno alla società oltre e prima che nell'emanazione di norme da parte del legislatore - fatti di produzione giuridica in senso dommatico - nello stesso fatto dell'organizzazione della comunità e come aspetto immanente di questa s stessa organizzazione. Affermazione quest'ultima della quale vedremo ora il senso ai fini che qui interessano ed alla luce della generica concezione del diritto come sistema di «dover essere». Sono questi due dati, per la dimostrazione e precisazione dei quali ci rimettiamo all'autorità delle dottrine ricordate, che rendono inevitabile la concezione dello Stato come un'entità giuridica.

14. - La prima idea ha eliminato il circolo vizioso delle dottrine statualistiche svincolando il problema dello Stato da quello dell'origine del diritto e riaprendo, così, quel problema del rapporto fra Stato e diritto che a rigore non poteva non considerarsi implicitamente risolto in partenza nel senso obbligato che s'è visto dalle dottrine statualistiche stesse. Da un lato cade la necessità di identificare lo Stato stesso con una realtà materiale *data* dalla quale il diritto scaturisca. Dall'altro lato viene rimosso l'ostacolo frapposto dal circolo vizioso statualistico alla spiegazione della qualificazione dell'organizzazione sociale da parte del diritto, aprendo anzi la via, data la posizione dell'origine del diritto nel fatto sociale in senso lato, all'ammissione della qualificazione giuridica dell'intera realtà sociale corrispondente all'organizzazione statuale. L'idea, poi,

---

reale, e simili, e noto che essa si ritrova sia in autori che non prendono posizione sull'imperatività (come il PERASSI, *Introduzione,* cit., p. 32-33) oppure la sottintendono (come il MORELLI, *Nozioni,* cit., p. 59), sia in autori che si dichiarano decisamente contrari alla concezione imperativistica facendone tutt'uno con le dottrine statualistiche-volontaristiche (soprattutto AGO, *Lezioni,* cit., 1943, p. 1 s. in nota, e .*Scienza giur.* ecc. cit., p. 67; e GIULIANO, *La Comunità internazionale e il diritto,* cit., spec. p. 223-24 e 226 ss.). Osserviamo sommessamente che a nostro avviso la «valutazione» o il «giudizio» sono presenti nelle norme quali si trovano formulate dalla tecnica legislativa e dalla dottrina ma non ne esauriscono l'essenza e la funzione. La norma sull'omicidio «*valuta*» o «giudica» l'uccisione dolosa o colposa di un individuo come un reato ovvero *valuta* o giudica il fatto stesso come un fatto suscettibile di sanzione. La norma sulle fonti *valuta* un certo fatto come idoneo a determinare l'esistenza di nuove norme giuridiche. La norma sul contratto *valuta* l'accordo di volontà fra due soggetti su un oggetto lecito e possibile come idoneo a determinare effetti obbligatori o reali. Tutti questi modi di dire, però, attengono alla *tecnica interna* della norma, che non potrebbe né indirizzare comandi né crearne di nuovi indipendentemente dal riferimento a determinati fatti della vita reale, cioè alla realizzazione di fattispecie (fatti giuridici): fatti che in questo senso appaiono «valutati». L'essenza della norma, il suo fine ultimo di regola di comportamenti umani esterni, resta quello di indirizzare ai consociati comandi positivi o negativi.

La dottrina tradizionale resta pertanto nel giusto quando riassume la norma sull'omicidio nel «non uccidere», quella sulle fonti nel comando indiretto e via dicendo. Il che non vieta, d'altra parte, che si parli di «valutazioni» e «giudizi» quando si studiano le norme nella loro tecnica interna e nel loro funzionamento: che è, se non erriamo, l'atteggiamento implicito di quegli autori sopra ricordati che non respingono l'idea del comando o imperativo sotto l'una o l'altra forma ma parlano ugualmente (come anche noi facciamo) di *valutazione* di fatti della vita reale. È da questo punto di vista che è costituita, p. es., la teoria dei fatti giuridici. Ma non per questo il diritto cessa di essere una regola di condotta. Valutazione e giudizio, insomma, sono sinonimi di «qualificazione». Ma la «qualificazione» dei fatti è il mezzo tecnico attraverso il quale si esprime *l'ipotesi* o la *fattispecie* della norma. Il *dispositivo* resta in ultima analisi un comando. A questi concetti s'ispira forse il PERASSI, *Teoria dommatica,* cit., p. 40 (estr.) nota 2, quando distingue un concetto dommatico dal concetto extradommatico della norma..

[199] Il merito della chiarificazione di questi punti spetta in grandissima parte, per l'Italia, al ROMANO, *Ordinamento giuridico,* cit., spec. p. 3 ss. e 86 ss.

che l'organizzazione stessa di una società a Stato implichi un fenomeno di produzione giuridica a carattere originario - idea che supera la difficoltà di concepire l'organizzazione statuale come l'effetto della realizzazione di fattispecie giuridiche nell'ambito del diritto della società non organizzata[200] - dà una soluzione positiva convincente al problema della qualificazione giuridica dell'organizzazione statuale. Mentre infatti avvalora il dato precedente, essa implica per l'appunto - quando la si intenda rettamente - l'identificazione dello Stato con il «dover essere»giuridico relativo all'organizzazione dei poteri o delle funzioni fondamentali in seno alla società o addirittura con il contenuto dell'intero ordinamento (Stato in senso lato).

Se e vero infatti che il diritto è un sistema di proposizioni scritte o non scritte esprimenti «dover essere», l'idea che il fatto storico dell'organizzazione della società sia esso stesso una manifestazione del fenomeno giuridico non va intesa evidentemente nel senso corrispondente alla lettera dell'*Ordinamento giuridico* del Romano e della maggior parte delle formulazioni e ripetizioni della teoria di queste Autore - che il diritto sia la stessa cosa della società o la stessa cosa dell'organizzazione, struttura o sovrastruttura della quale la società si presenta rivestita *in un dato momento storico.*[201] Essa va intesa nel senso - e qui soccorre quel concetto del diritto come fenomeno normativo che il Kelsen ha il merito di aver riaffermato proprio nel momento in cui sembrava si smarrisse nel «realismo», nell'«effettualismo» e nell'«organicismo» - nel senso che il fatto dell'organizzazione, in quanto attuazione della volontà dei groppi o individui dominanti o de; consociati, si presenta al tempo stesso come la produzione e l'attuazione di norme o principi normativi *(Sollen)* che i consociati stessi e l'osservatore desumono dalla forma e struttura che quell'organizzazione presenta. L'identificazione del diritto con l'essere della struttura sociale anziché con il dover essere che essa implica o esprime significherebbe la negazione del diritto e la legittimazione *ipso facto*, in un momento successivo, di qualunque mutamento della struttura sociale non conforme all'organizzazione originariamente costituitasi ed ai *Sollen* da essa implicati o espressi. L'opinione contraria proviene dalla confusione fra l'*essere* delle norme giuridiche sorte con l'organizzazione effettiva con il contenuto normativo loro proprio, e dal non tener conto del fatto che il giurista, una volta accertata l'esistenza storica dell'organizzazione e delle norme che la qualificano, deve risolvere i suoi problemi sulla base del *contenuto* delle norme e non del *fatto storico*[202]. E nel caso della «persona giuridica» Stato si tratta d'individuare il centro

---

[200] La dottrina dell'istituzione come è noto, urta volta scartato l'apriorisma volontaristico-statualistico tende infatti a superare sopratutto la difficoltà derivante dall'impossibilità di spiegare l'organizzazione della società e la sua costituzione materiale o formale sul piano contrattuale. Lo avverte il DESQUEYRAT, *L'institution, le droit objestif et la technique positive,* Parigi, 1933, p. 7, 8-9. Il punto è svolto dal ROMANO, *L'ordinamento giuridico,* cit., spec. p. 55-58.

[201] È questo il punto debole della teoria del ROMANO com'è formulata nell'*Ordinamento giuridico,* cit., punto debole che l'A. si rifiuta di chiarire nella seconda ediz. dell'opera. Sostanzialmente in questo senso DEL VECCHIO, *Moderne concezioni del dir.,* nella *Riv. internaz. di fil. del dir.,* 1921, p. 198 ss.; BONUCCI, *Ordinamento giuridico e Stato,* nella *Riv. dir. pubbl*., cit. p. 4; BOBBIO, *Istituzione e dir. sociale* cit., p. 35 ss. dell'estr. CAPOGRASSI, *Note sulle molteplicità degli ordinamenti,* nella stessa *Rivista internaz. di fil. del dir.,* 1939, p. 9 ss. spec. 13-14; ZICCARDI, *La costituzione,* cit., p. 72. Tende invece a ribadire le concezioni del ROMANO, *La Comunità internazionale,* ecc. cit. del GIULIANO, l'ispirazione del quale all'*ordinamento giuridico* è particolarmente esplicita nelle *Considerazioni,* cit., spec. p. 182 s., 187.

[202] Questa concezione si trova invece nella teoria del «fatto normativo» del GURVITCH, *Op.* cit. (v. BOBBIO, *Scr.* cit. n. prec.) e nelle considerazioni del FILOMUSI GUELFI, *Enciclopedia giur.,* § 13; del ROSMINI, *Filosofia del dir*. 2ª ediz., 1865, I, l46 ss.; del DEL VECCHIO, *Scr.* cit., p. 191 ss. spec. 195-98; dell'ESPOSITO, *Lineamenti di una dottrina del*

d'imputazione *giuridica* di diritti e doveri nella funzione strumentale che vedremo.

Ma una volta inteso a questo modo l'aspetto «normativo» dell'organizzazione sociale, è inevitabile che dal punto di vista giuridico si debba rinunciare a identificare a effetti giuridici l'*ente soggetto* o l'*organizzazione* «Stato» con un ente reale dato corrispondente all'organizzazione o al gruppo dei governanti effettivi della società di cui si tratta[203], Anche in questo caso l'ente e l'organizzazione coincidono per il diritto con un dover essere ed hanno una identità legale. Quale che sia dunque l'interesse che esso può presentare in sé e per sé dal punto di vista storico-sociologico, l'ente reale appare giuridicamente come l'insieme dei fatti storici in seno su quali si è prodotto il fenomeno dell'organizzazione giuridica della società, oppure come l'attuazione di questa organizzazione giuridica. Se la «realtà sottostante» alla persona giuridica dello Stato è qualificata giuridicamente - e lo stesso vale per la organizzazione dei poteri pubblici in sé e per sé quando non si abbia personificazione - è inconcepibile che non valga anche in questo caso, rispetto al rapporto fra qualificazione giuridica e realtà, quel che si è visto valere per le persone giuridiche inferiori nell'ambito del diritto statuale.

Se si considera l'organizzazione effettiva dello Stato - cioè dell'ente al quale la soggettività è attribuita - nei vari rapporti in cui può trovarsi rispetto all'organizzazione quale risulta dalla costituzione in senso formale o materiale assunta a base della qualificazione giuridica della realtà sociale in un momento dato, si può ripetere alla lettera quanto si è detto relativamente al caso delle persone giuridiche inferiori. In tanto si potrebbe parlare dell'organizzazione effettiva dello Stato come dell'ente al quale la soggettività è attribuita in quanto quell'organizzazione costituisse l'attuazione perfetta della costituzione. Ma basterebbe che questa coincidenza venisse meno in proporzioni più o meno grandi perché la possibilità di assumere a soggetto l'organizzazione effettiva venisse meno nelle stesse proporzioni in cui è venuta meno la coincidenza. E ciò dimostra, come s'è visto, che anche quando la coincidenza sussiste è la qualificazione giuridica che prevale[204].

---

diritto, p. 7 ss. e citaz. *ivi*, in nota; del BOBBIO, *Istituzione e dir. soc*., cit., p. 417, nota 1 (cont. 418).

[203] Il superamento della dottrina statualistica sta nel riconoscere che vi è normazione anche là dove questa non sia espressa in leggi e codici, ossia nel corpo sociale e allo stato intuitivo, informe o spontaneo non nel dire che il diritto è il corpo sociale o che il corpo sociale è parte dell'ordinamento. Non si avvedono, le dottrine criticate, che il «corpo sociale» se che esse conglobano nell'ordinamento finisce per somigliare moltissimo proprio all'ente reale Stato (la «persona reale» del Donati) fattore primo del diritto secondo le dottrine statualistiche che esse combattono.

Intesa come nel testo, l'affermazione del ROMANO che l'organizzazione è diritto non si opporrebbe all'affermazione usuale che il diritto è norma o sistema di norme. Essa si opporrebbe soltanto all'asserzione delle dottrine statualistiche che il diritto è la norma posta dallo Stato (v. spec. BONUCCI, *Op. cit*., p. 115 ss.). Il Romano conferma tuttavia l'opposizione della sua teoria proprio al concetto del diritto come «normazione» nella seconda ediz. della sua opera, p. 35 in nota (con un riferimento al MESSINEO, *Manuale*, 1943. I, n. 10), confondendo a guanto sembra l'esistenza della norma con il suo contenuto. Nello stesso ordine d'idee si muove il BISCARETTI DI RUFFIA, *Dir. Costituz*. (*Lo Stato Democratico moderno*), Napoli, 1949, p. 38-39, 41, quando afferma che «le *norme giuridiche*, lungi dal rappresentare l'unico elemento costitutivo del diritto, ne rappresentano soltanto un aspetto parziale e derivato, poiché il medesimo, pur essendo anche *norma*, è innanzi tutto *organizzazione* e *corpo sociale*» (p. 39).

[204] In questo senso intendiamo il pensiero del KELSEN quando spiega (*General Theory* cit., p. 183) che «The State as a community *in its relation to law*» is not a natural reality, or a social reality analogous to a natural one, such as a man is in relation to law. If there is a social reality related to the phenomenon we call «State» and therefore a *sociological concept* as distinguished from the *juristic concept...*, then *priority belongs to the latter, not the former. The sociological concept... presupposes the juristic concept; not viceversa*» (corsivi miei). Sull'argomentazione kelseniana del punto v. *infra*, p. 119 ss.

L'elemento decisivo per l'individuazione del centro di soggettività o dei titolari dei pubblici poteri è il dover essere corrispondente al contenuto delle norme espresse dall'organizzazione, non l'organizzazione in sé e per sé né le norme o l'intero ordinamento in quanto fatti storici. Non avremmo che da ripetere le considerazioni svolte in precedenza circa i casi di non totale coincidenza della persona reale con quella giuridica[205]. Il caso più evidente è quello dell'insurrezione, nel quale si trovano coesistenti nell'ambito di una comunità giuridica due o più gruppi in lotta fra loro per il predominio e nei quali tutti l'ordinamento internazionale riconosce, almeno quando sussistano certe condizioni, degli enti reati soggetti, ma ad uno solo dei quali è attribuita la personalità dall'ordinamento interno. Gli enti rimanenti non solo non esistono come soggetti nell'ambito di questo ordinamento ma formano giuridicamente, nei loro elementi, parte integrante della persona giuridica dell'unico Stato giuridicamente esistente per l'ordinamento dato[206]

Ed a questo porta, intendiamoci, non un metodo formalistico, ma proprio il realismo giuridico «Realismo» nel diritto e nel diritto pubblico in ispecie significa percezione dell'origine, fondamento e funzione storico-sociale del diritto in contrapposizione all'astrattismo e trascendentalismo .giuridico. Non significa e non può significare commistione e confusione del diritto con il fatto storico-sociale indifferenziato, perché ciò implicherebbe la negazione del carattere normativo del fenomeno[207]. Al pericolo di questa confusione, che è contraria alla più elementare nozione della norma giuridica, si dovrebbe essere anzi tanto più sensibili quanto più ci si considera realisti. Perché se il giusnaturalista riuscirebbe, nonostante la confusione, a

---

[205] *Supra*, p. 80 s.

[206] Durante il periodo della coesistenza sul suolo italiano di due organizzazioni statuali corrispondenti al governo legittimo del Sud e alla c. d. repubblica sociale, esistevano in Italia due enti collettivi reali. Giuridicamente, per l'ordinamento della società italiana - lo Statuto del Regno d'Italia o la costituzione in senso materiale del «Regno del Sud» o eventualmente la costituzione totale - , esisteva una sola persona giuridica, alla quale non corrispondeva né l'organizzazione reale del governo del Sud (né quella del governo della c. d. R. S. I.), ma l'organizzazione che secondo lo stesso ordinamento *doveva essere.* Sarebbe inutile rilevare che le due organizzazioni reali costituivano due ordinamenti originari e quindi due istituzioni distinte, perché la questione va posta evidentemente per gli stessi realisti dal punto di vista di un ordinamento solo. Alle due organizzazioni reali corrispondevano invece, come vedremo, due persone reati dal punto di vista dell'ordinamento internazionale (v. MORELLI, *Nota* alla Cassaz. civ. 14 agosto 1944, n. 471, in *Giurisprudenza completa della Corte di Cassazione, Istito di Studi legislatiivi,* 1945; BISCARETTI DI RUFFIA, *Il valore giuridico per l'ordinamento dello Stato italiano degli atti,* ecc., *Giuristrudenza ital.,* 1946, IV, p. 10 ss. Dell'estr.; BODDA, *Della respons. della pubbl. amministraz., Foro Padano,* 1946, I, col. 572; CODACCI-PISANELLI, *Nota* alla Cassaz. pen., 8 mar. 1944, num. 71, *Giuriprud. compl.* cit., 1945; GIANNINI, M. S., *Il governo neofascista e i suoi atti normativi, nota* alla Cassaz. civ., 19 apr. 1945, num. 289, nella stessa *Giurispr. compl.,* p. 180 ss.; GUELI, *Diritto costituz. provvisorio e transitorio,* Roma, 1950, p. 85 ss.). Ma se ciò avviene e perché l'ordinamento internazionale assume a centro di soggettività qualcosa di diverso (*infra,* Cap. III di questa Parte e Parte III).

[207] La questione è spesso male intesa per l'uso della parola «formale» al posto di «normativo» e la conseguente confusione, da parte dei c. d. «realisti», tra concezione normativa e concezione formalistica del diritto. Ma l'equivoco scompare quando s'intendano le parole «forma» e «formale» per quello che i giuristi vogliono generalmente significare quando le adoperano. In questo senso vari passi del ROMANO, *Frammenti,* cit., voce «*Realtà giuridica*», p. 204 ss. (con le riserve già svolte *supra,* nota 84) e il passo seguente del MICELI, *La realtà della persona dello Stato,* nella *Riv. intenz. di fil. del dir.,* 1922, p. 221, che in parte coincidono con il modo di vedere espresso nel testo: «Parlare di realismo giuridico quindi non si può se non in un senso soltanto, nel senso cioè li una effettiva esistenza formale e della formale validità della regola. Si può, è vero, contrapporre un formalismo vuoto, dottrinario, ad un formalismo, a così dire, sostanzioso, per indicare che vi è un diritto che si adegua alle esigenze della vita e un diritto che invece ad essa non risponde; ma non si può contrapporre un realismo giuridico ad un formalismo giuridico, nel senso che il primo sia reale e l'altro non sia reale, poiché un diritto che non sia formale [leggi: normativo] è un diritto che non esiste».

salvare ugualmente il carattere normativo del diritto foggiandoselo senza sforzo *ex post facto* in modo da farlo «quadrare» con la realtà il realista non potrebbe fare altrettanto dopo aver riconosciuto di trovarsi di fronte a proposizioni normative realmente esistenti nella società ed in essa effettivamente operanti. Inteso a questo modo e il realismo impone di distinguere il fenomeno storico (o sociologico generale) dello Stato o della società organizzata, e lo Stato in senso giuridico. Il primo corrisponde alla società tutta intera o all'organizzazione statuale come *essere* e comprende *anche il diritto in quanto fatto storico* ossia il *fatto* dell'esistenza di norme giuridiche nella società, il *fatto* del loro evolversi, il *fatto* del loro operare sulla società, il *fatto* costituito dagli effetti che il diritto determina nella società stessa. Il secondo corrisponde all'ordinamento esistente in seno alla società in un dato momento storico inteso nel suo contenuto normativo, nei suoi *Sollen*, che è lo Stato (in senso lato) dal punto di vista giuridico[208] [209]. I «realisti» che intendono lo Stato come «un prodotto naturale e spontaneo della socievolezza umana, tenuto assieme dalla cementatrice forza del diritto»[210] parlano evidentemente dello Stato nel primo senso, cioè dello Stato in senso storico[211]. Sul che non vi sarebbe nulla da dire purché essi ammettessero di enunciare il concetto sociologico dello Stato e non quello dello Stato persona o organizzazione *giuridica*[212].

Ma vi è di più. L'impossibilità di individuare la persona dello Stato in alcunché di diverso dall'ente giuridico al quale la soggettività è attribuita dal diritto interno è

---

[208] Oppure alla costituzione (materiale o formale) dei «pubblici poteri», che sarebbe lo Stato *in senso stretto* dal p. d. v. giuridico.

[209] La distinzione fra il concetto storico-sociologico ed il concetto giuridico di «Stato» è avvertita più o meno chiaramente dalla maggior parte della dottrina ed è più o meno evidente, quale che sia il senso preciso in cui è intesa da ciascun autore, nella «Zwei-Seiten Theorie» dello JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre* (vers. ital. cit.), I, p. 59-62, 71-73; II, p. 41 42, nella contrapposizione kelseniana fra Stato in senso sociologico e Stato in senso giuridico (*Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* cit., spec. p. 75 ss.) - distinzione che costituisce il parallelo della contrapposizione fra il «Sein» della norma e il «Sollen» ch'essa contiene (*supra* nota 127, p. 103 ss., spec. p. 105) -, nonché nelle considerazioni in senso analogo del GERBER, *Grundzüge des deut. Staatsrechts* 3ª 1880 p. 224 ss.; dello HAURIOU, *Précis de droit administratif* ecc. cit. (1911), p. 111; e del CARNELUTTI, *Teoria generale del dir.* cit., p. 117.

Quale che sia l'esatta posizione degli illustri giuristi citati a tale riguardo, la distinzione formulata nel testo non implica, a nostro avviso, nessuno sdoppiamento dell'oggetto, perché si tratta a ben guardare di due oggetti diversi. Altro è lo Stato che dev'essere per l'ordinamento d'una data società ed altro l'organizzazione, forma o struttura più o meno conforme a diritto che la società in un dato momento presenta. Ma questo punto sarà più chiaro quando cercheremo di precisare (*infra*, p. 186 ss.) la distinzione fra lo Stato persona di diritto interno e l'ente soggetto di diritto internazionale corrispondente *grosso modo* alla comunità umana che in quello Stato ha la sua organizzazione giuridica (del p. d. v. del dir. interno).

[210] Così da ultimo BISCARETTI di RUFFIA, *Op. cit.*, p. 44.

[211] È la stessa idea che abbiamo: vista espressa dai civilisti quando pensano all'ente persona giuridica come realtà sociale + diritto o realtà sociale «formata» o «plasmata» dal diritto. Al pari di costoro, i pubblicisti realisti non avvertono la differenza fra il diritto come contenuto di norme (*Sollen*) e il diritto come fenomeno storico, comprensivo dell'origine, dell'esistenza e dell'azione normativa effettiva delle norme.

[212] Non neghiamo dunque la realtà sociale. Neghiamo che in questa realtà s'identifichino la persona e l'organizzazione giuridica «Stato» a qualunque effetto giuridico. Che l'elemento giuridico sia quello decisivo è provato anche dalla circostanza che le teorie statualistiche sono state portate a negare a un certo punto la qualifica di ente morale allo Stato proprio in quanto lo ponevano fuori e al disopra del diritto (v. BISCARETTI, *Op. cit.*, p. 60); e coloro che in nome dell'antindividualismo nazista hanno costruito la teoria dello Stato *Gemeinschaft* come «ente reale risultante dalla coesione naturale di elementi affini per sangue e razza» hanno negato l'assimilabilità dello Stato ad una e «persona giuridica» (v. Höhn, *Der individualistische Staatsbegriff und die juristische Staatsperson*, Berlino, 1935; e *Lo Stato non è persona giuridica*, ne *Lo Stato*, Roma, 1937, p. 65). Atteggiamenti che implicitamente valorizzano le concezioni giuridiche degli enti morali.

dimostrata ancora dall'assurdo in cui qualunque teoria non puramente giuridica dello Stato come soggetto di diritto è destinata a cadere in tutti quei casi - non tanto rari - in cui esista il fenomeno politico dello Stato, esista un ordinamento giuridico e un'organizzazione giuridica della comunità, ma non esista lo Stato come soggetto unitario[213]. I casi, cioè, nei quali lo Stato come istituzione o organizzazione regolata dal diritto si risolve in una pluralità di persone (fisiche o giuridiche) che la politica e il diritto tengono in rapporto di coordinazione e subordinazione ma non si considerano nel loro insieme come un soggetto a sé stante[214]. Nei casi del genere i sostenitori della teoria della persona reale o devono prendere atto della mancanza di unità giuridica e rinunciare alla stessa unità sociologica sostenendo - contrariamente a quel che fanno per gli Stati-soggetti - l'esistenza di tante persone reali («fisiche» o «giuridiche») quante sono le persone o le istituzioni che si dividono le funzioni supreme (il che peraltro non fanno, ch'io sappia, mai). oppure devono sostenere ugualmente l'esistenza dell'unità reale, lasciando peraltro le cose come stanno - e non si vede come potrebbero fare altrimenti - agli effetti giuridici: una pluralità d'istituzioni o persone fisiche sovraordinate. Non può non apparire strano che l'esistenza stessa della persona reale (distinta dalla soggettività) dipenda dall'esistenza di determinate norme.

La differenza che sussiste rispetto alle persone giuridiche inferiori è che la nascita e l'estinzione dello Stato non costituiscono l'effetto della realizzazione di *fattispecie giuridiche*, perché esse coincidono rispettivamente con la formazione originaria dell'organizzazione giuridica della società e con il venir meno di questa organizzazione. Il che significa che esse costituiscono fenomeni giuridici in senso originario[215]. Ma la ragione di ciò sta proprio nel fatto che Stato e contenuto dell'ordinamento sono dal punto di vista giuridico la stessa cosa. Le persone giuridiche inferiori vengono in essere e si estinguono come effetto della realizzazione di fattispecie giuridiche perché costituiscono fenomeni di organizzazione giuridica derivata rispetto all'ordinamento superiore. L'esistenza e l'estinzione della persona giuridica dello Stato, invece, non potrebbero costituire la realizzazione di fattispecie giuridiche perché corrispondono rispettivamente alla nascita e all'estinzione dell'organizzazione giuridica della società e non potrebbero trovare la loro legittimazione nelle proposizioni normative esistenti nell'ambito della

---

[213] Uno è lo Stato inglese, nel quale è «Corporation» la Corona ma non lo Stato stesso (v. MAITLAND, *The Crown as Corporation, Law Quarterly Reviev*, 1901, p. 131).

[214] V. ROMANO, *Principi di dir. costituz. gen.*, cit., p. 48, 60; ZANOBINI, *Corso di dir. amministr.* cit., I, p. 105; BISCARETTI di RUFFIA, *Op*. cit., p. 58 con riferimento allo Stato inglese.

[215] V. sul punto MORTATI, *La Costituente*, Roma, 1945, p. 30 ss.; CAPOGRASSI, *Note sulla molteplicità degli ordinamenti*, cit., p. 18, testo e nota 1.

È questa l'idea che la dottrina sostanzialmente esprime sia quando dice che lo Stato e legittimo in quanto *è* (ZÖFFL, *Grudsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts*, Lipsia e Heidelberg, 1803, I, par. 44; HELD, *Deutsches Verfassungsrecht*, p. 199 ss.; ROMANO, *L'instaurazione di fatto*, cit., p. 57; *Ordinamento giuridico*, cit., p. 42; e *Principii di dir. costituz. gen.*, cit., p. 190 ss., spec. 192-93), sia quando afferma che la legittimazione dello Stato si trova in una norma-base ipotetica o in un postulato (KELSEN, PERASSI), sia quando dice che lo Stato è l'istituzione e sorge quando sorge quest'ultima (Romano, GURVITCH).

Si noti incidentalmente che la prima affermazione («Lo Stato è perché esiste») non ha nulla a che vedere con l'atteggiamento analogo degli internazionalisti, che è motivato, come vedremo, da una ragione del tutto diversa (*infra*, p. 229 ss.). Del che non sembra avvedersi il ROMANO, *Instaurazione di fatto* cit., p. 57, quando cita WHEATON, *International Law*, Londra, 1863, p. 36. Accanto a questo autore si dovrebbero citare nello stesso senso tutti gli internazionalisti non monisti (*infra*, l. cit.).

società organizzata paritariamente per la «contradizion che nol consente»[216].

La differenza sta dunque solamente nella diversa problematica che presentano da una parte la verifica della realizzazione della fattispecie di una norma di diritto scritto o almeno chiaramente individuabile nei suoi tratti essenziali (persone giuridiche inferiori) e la formazione e l'estinzione delle stesse norme di diritto non scritto poste da procedimenti non facilmente individuabili (Stato), e per questo estremamente controversi (forza, volontà dei gruppi dominanti, coscienza dei consociati e via dicendo)[217]. Ma questa differenza - che non appare del resto assoluta quando si considerino figure intermedie quali la incorporazione di Stati in uno Stato federale o l'adesione di un nuovo membro alla federazione - non implica alcuna diversità dei due fenomeni agli effetti della possibilità di identificare l'ente soggetto o l'organizzazione giuridica con un ente reale dato, che va esclusa per il caso dello Stato non meno che per quello delle persone giuridiche parziali. Il legame più diretto con la «realtà sociale sottostante» che sussiste nel caso dello Stato, significa soltanto che l'ente giuridico, coincidendo con l'intero ordinamento della società (Stato in senso lato) o con le norme di organizzazione (Stato *stricto sensu*), viene in essere e vien meno con il costituirsi e il disgregarsi della società o dell'organizzazione, di guisa che la possibilità che l'ente sopravviva nonostante non si trovi attuato in fatto non si verifica assolutamente nei casi ipotetici del materiale venir meno della società stessa, poiché ciò determina il totale venir meno dell'ordinamento[218]; e non si verifica che in casi limite quando si disgreghi del tutto l'organizzazione istituzionale, perché in questi casi, a meno che la coesione fra i consociati sia tale da far sopravvivere, nonostante l'annientamento di fatto dell'organizzazione, i «Sollen» ai quali essa obbediva e dava vita, vien meno per l'appunto l'organizzazione giuridica della società (Stato in senso stretto)[219]. Alla stessa differenza che passa, insomma, fra produzione giuridica derivata e formazione originaria del diritto[220].

---

[216] È in questa impossibilità, che sarebbe superabile solo con la teoria giusnaturalistica del *pactum societatis* e *subjectionis*, che sta in sostanza il motivo ispiratore della teoria dell'istituzione: sia quella del ROMANO, sia quella del GURVITCH e dei loro precursori e continuatori.

[217] Per questa distinzione tra le forme in cui si presentano il diritto spontaneo e il diritto «formale» (noi non diremmo, con lui, «positivo», perché consideriamo positivo anche il diritto spontaneo) v. le belle pagine dell'AGO, *Scienza giur*., ecc. cit., p. 78 ss. (§ 16).

[218] Non si potrebbe dare, quindi, la possibilità che si dà per la persona giuridica parziale, che il centro di soggettività e le norme di organizzazione continuino a sussistere per un periodo più o meno lungo nonostante il distacco materiale o il materiale annichilimento del «sostrato» reale (*supra*, p. 73 ss.).

[219] I casi-limite potrebbero essere costituiti da alcuni di quei fenomeni che nel corso della prima e della seconda guerra mondiale hanno dato luogo ai c. d. «governi in esilio».

[220] Per la distinzione v. PERASSI, *Introduzione*, cit., p. 23 dell'estr. e SPERDUTI, *La fonte suprema*, cit., p. 122 ss. Per il concetto di «fonte in senso storico» è fondamentale la teoria del *fatto normativo* del GURVITCH, *Op.* l. cit., *supra*, note 126 e 127, p. 102 ss; e del BOBBIO, *La consuetudine*, cit., p. 19 ss.: concetto valorizzato in modo particolare dal GIULIANO, *La Comunità internazionale e il dir.*, cit., p. 228 ss.; e dall'AGO, *Scienza giuridica e dir. internaz.*, cit., spec. p. 78 ss., che è il massimo teorico italiano del diritto «spontaneo» come fonte primaria di diritto internazionale.

Allo stesso modo come consideriamo diritto quello che si desume direttamente dalla realtà sociale non meno di quello posto da fatti giuridici contemplati dalle norme originarie (aderendo con certe riserve alla teoria del fatto normativo quale si presenta nella formulazione del Gurvitch piuttosto che in quella del Romano), così dobbiamo considerare giuridici i fenomeni di organizzazione giuridica originaria o primaria non meno dei fenomeni di organizzazione giuridica derivata. E allo stesso modo come la persona giuridica inferiore è l'organizzazione giuridica che si desume dal contenuto (Sollen) delle norme del suo statuto, così la persona giuridica totale, lo Stato, è in senso ampio l'organizzazione giuridica corrispondente al contenuto delle norme dell'interno ordinamento e in senso stretto l'entità corrispondente al contenuto delle norme che compongono la costituzione in senso materiale o formale.

È naturale che di fronte a problemi di questa grandezza la soluzione raggiunta lasci insoddisfatti e ponga soprattutto più dubbi di quanti non ne sciolga. Resta fermo però che delle due spiegazioni più complete che sono state tentate del rapporto fra diritto e Stato - quella del Kelsen e quella del Romano - sia di gran lunga più convincente la prima. Nessuna delle due risolve il mistero del diritto né pretende di farlo. Entrambe hanno il merito di porre il diritto in rapporto di derivazione con la società anziché con lo Stato. Ma mentre il Romano ha finito per assumere lo Stato, la società e il diritto sotto il concetto unico d'istituzione, risolvendo nell'essere il dover essere dell'ordinamento, il Kelsen è pervenuto ad una conclusione che, quali che possano essere le sue mende, imposta il problema massimo del diritto in modo più rispondente all'autonomia del fenomeno, ponendo da una parte la società come base e campo d'azione del diritto e dall'altra Stato e diritto come una cosa sola. Tanto più convincente ci appare anzi l'identificazione kelseniana fra diritto e Stato[221] - quest'ultimo distinto dalla società o identificato con questa solo quando la s'intenda come «ordine sociale» o «comunità giuridica» (Stato in senso lato) - in quanto allo stesso risultato si perviene attraverso la correzione della costruzione del Romano alla luce del mero dato - che ci rifiutiamo di discutere - che il contenuto del diritto è un dover essere. Quando s'intendesse l'istituzione come la società o la società in fatto organizzata in quanto tale - come apparentemente fa il Romano - l'identificazione fra diritto e istituzione non costituirebbe un superamento delle teorie statualistiche, che negavano la giuridicità dell'organizzazione dello Stato. Questa organizzazione resterebbe in sostanza un mero fatto storico nonostante la sua inclusione nel concetto di ordinamento giuridico, allo stesso modo come un mero fatto storico era per gli statualisti la volontà dello Stato che dal di fuori dell'ordinamento poneva il diritto. Che è un atteggiamento che il Romano non cela in qualche punto della sua costruzione. Il superamento delle dottrine statualistiche sta invece nel riferire l'identificazione ordinamento-istituzione al «momento» del costituirsi dell'organizzazione della società, nel quale momento l'istituzione si presenta come un fenomeno di produzione e attuazione di diritto e si confonde con questo. E poiché l'istituzione è l'organizzazione giuridica e non l'ente organizzato, essa s'identifica con lo *Stato* piuttosto che con la *società.* La correzione della tesi de! Romano dell'identità diritto-società (e quindi diritto-fatto) sta nel sostituire al concetto extragiuridico di società - che è l'ambiente di produzione e d'azione dell'ordinamento ma non s'identifica in nessun momento con esso - il concetto giuridico di Stato. L'istituzione è appunto lo Stato inteso come l'organizzazione giuridica della società, cioè l'ordinamento giuridico. Che è la riduzione della tesi del Romano a quella kelseniana, che il Romano stesso avversa proprio perché respinge l'idea a nostro avviso esatta che non vi è diritto dove non c'è un «Sollen»[222].

Mette conto di ripetere a buoni conti, nonostante quanto si è già detto in tema di p.g. inferiori, che pur aderendo alla concezione dello Stato professata dal Kelsen[223] non

---

[221] Per una critica recentissima della concezione kelseniana v. GIULIANO, *La Comunità internaz*., ecc. cit., Cap. III, spec. p. 104 ss, 109 ss., 127, 131.

[222] *Ordinamento giuridico*, cit., p. 4 ss. e spec. 35 e 40 nota.

[223] L'identificazione fra Stato e diritto dal punto di vista giuridico, alla quale arriva solo il KEISEN (ora in *General Theory*, cit., p. XVI, 181 ss. (spec. 183), 377 ss.), seguito (non in senso del tutto «puro» e con qualche concessione alle teorie realistiche della persona giuridica) dal GUGGENHEIM, *Lehrbuch*, cit., p. 161, mi sembra

accettiamo per questo solo fatto l'intera costruzione kelseniana del diritto né accettiamo soprattutto l'argomento principe sul quale il Kelsen stesso fonda la sua conclusione Accettiamo pienamente la lezione che egli dà a tutti i giuristi sulla distinzione fra «Sein» e «Sollen», e su questa distinzione riteniamo si fondi l'identificazione fra Stato e diritto dal punto di vista dell'ordinamento[224]. Non accettiamo invece, perché non è dimostrata, l'idea dello stesso Kelsen che il diritto sia necessariamente interindividuale e che non sia concepibile ch'esso assuma dei gruppi od organizzazioni di fatto a destinatari delle proprie norme[225], idea che è il fondamento principale del monismo dopo quella della necessaria unità della scienza giuridica.

Per noi la questione si pone in termini di qualificazione giuridica della «realtà sottostante». Se questa qualificazione esiste, e l'ordinamento arriva agli individui, siamo in presenza di un centro artificiale di soggettività corrispondente ad una comunità giuridica interindividuale e quindi all'ordinamento di questa comunità. E questo è il caso delle persone giuridiche inferiori e dello Stato dal punto di vista dell'ordinamento interno. Non escludiamo, però, che il diritto possa assumere a soggetti dei gruppi o delle organizzazioni come enti reali «dati», salvo a vedere quali conseguenze derivino da un atteggiamento siffatto per la nozione dell'ordinamento o della società di cui si tratta[226].

---

sostanzialmente e implicitamente condivisa, in Italia. dal CAPOGRASSI, *Note sulla molteplicità degli ordinament,i* cit., spec. 29 ss., 31 s., 33, 35, 37, 41 e *passim.*

Particolarmente significativi per una concezione giuridica dello Stato (da lui stesso peraltro contraddetta) sono vari passi del BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, cit., pp. 6 ss., 8, 20, 24, 27, 35, 46, 47, decisamente improntati alla valorizzazione dell'elemento normativo del diritto specialmente nella critica alle teorie degli «elementi costitutivi» dello Stato (p. 19-20). «il vero è - osserva il Balladore Pallieri - che il territorio non è il terreno, ma la qualifica giuridica che certe porzioni della terra rivestono, e la popolazione non è un complesso d'individui, ma la espressione adoperata per indicare coloro che rivestono la qualifica di cittadini. Nello stesso modo sono concetti giuridici quelli di patrimonio e di socio... Parimenti l'ordinamento giuridico è statale e riceve questa qualifica solo se esso consideri come proprio, nel significato innanzi definito, un certo territorio, solo se pone un governo per la realizzazione dei suoi scopi». Considerazioni che trovano il loro coronamento nella frequente definizione dello Stato-persona come «ente giuridico». Quello che ci divide dal Balladore Pallieri è che per questo A. restano parte dello Stato-persona il gruppo degli individui qualificati come cittadini e il territorio giuridicamente delimitato, e sono organi dello Stato, come vedremo (*infra*, p. 156 ss.), gli «uffici» intesi come le attività individuali raggruppate dal diritto in lmità e riferite allo Stato: mentre per noi lo Stato è costituito esclusivamente delle qualificazioni di questi vari elementi. Il che è conforme, peraltro. all'idea del Balladore Pallieri che lo Stato-persona sia un «ente giuridico» . Più netta - per quanto oscurata da certe formulazioni improprie (v. *supra* la nota 137 di questo Cap.) - è l'identificazione fra Stato e ordinamento in MICHELI, *La realtà della persona dello Stato*, nella *Riv. internaz. di fil. del dir.*, 1922, p. 226 e *passim:* «Si parla... a sproposito - osserva il Miceli - dello Stato come di qualche cosa di sensibile e di percepibile, ciò che noi percepiamo sono gli uomini, gli edifici, nei quali risiedono le autorità, tutta la *paperasse*, che si accumula negli archivi e via discorrendo. Ma tutte queste cose *non sono lo Stoto* [non sono lo Stato *in senso giuridico*, diremmo noi], *perché lo Stato è l'ordinamento*. Si potrà dire che queste cose sono segni visibili, manifestazioni esterne, rivelazioni ecc. di quell'ordinamento, ma con ciò non si è detto che siano l'ordinamento stesso, perché lo presuppongono». Il Miceli non percepisce, tuttavia, la distinzione fra Stato in senso giuridico (o c*ontenuto* delle norme) e lo Stato in senso storico (*essere* delle norme e loro attuazione ed essere della stessa società in cui l'ordinamento sorge ed opera) (v. spec. 226 ss., 229 e *passim*), né distinguono lo Stato, come ente corrispondente al contenuto normativo dell'ordinamento, dall'«astrazione» corrispondente allo Stato nella coscienza dei consociati o dell'osservatore (v. spec. p. 228, e *passim*).

[224] V. *supra*, p. 112, e il passo del KELSEN riportato in nota.

[225] V. *supra*, p. 87 s. Nello stesso senso del Kelsen, in sostanza, RENARD, *La théorie de l'institution,* Parigi, 1930, p. 188 nota 1.

[226] Nulla escludendo beninteso che fra queste conseguenze ve ne siano eventualmente di tali in un caso determinato, da escludere che la società in questione presenti i caratteri della comunità giuridica. Ma questo non necessariamente nè per il semplice fatto che le norme o le supposte norme s'indirizzano a dei gruppi come tali.

SEZIONE V. - GLI AGENTI DELLE PERSONE GIURIDICHE INFERIORI E DELLO STATO (DIR. INTERNO)

SOMMARIO: l5. Considerazioni generali. Difetto d'impostazione del problema nella dottrina. - 16. Fatto proprio e altrui nella teoria dell'imputazione. Elementi che oscurano questa distinzione nella dottrina: *a*) l'alterazione del concetto della rappresentanza; *b*) la c. d. responsabilità per fatto «altrui»; *c*) la c. d. imputazione giuridica di atti. - 17. Carattere «indiretto» della partecipazione attiva delle persone giuridiche al commercio giuridico. Alterazione del fenomeno nelle teorie organicistiche dominanti. - 18. Teorie organiche radicali e moderate: critica. - 19. Teorie dell'ufficio: critica e deduzione degli elementi positivi. - 20. - Teoria dell'organizzazione della p.g. come «fatto storico»: critica. - 21. Natura giuridica del rapporto fra p. g. e agenti. Similarità e differenze rispetto alla rappresentanza. Rinvio.

15. - La nozione delle persone giuridiche come centri artificiali di soggettività trova conferma ed applicazione nel modo in cui esse partecipano - se così può dirsi - al commercio giuridico. L'osservazione di questo fenomeno porta infatti a ritenere che pur essendo partecipi nel senso che si è visto della titolarità formale di situazioni giuridiche soggettive, le p.g. non costituiscono centri di volontà, e azione giuridicamente rilevante distinti dagli agenti, e non realizzano perciò direttamente in nessun caso fattispecie giuridiche soggettive[227]. Anche qui però è necessario fermarsi perché la larghissima maggioranza della dottrina (e specialmente gl'internazionalisti di corrente dualista) è dell'opinione esattamente opposta. Ed anche qui c'è innanzi tutto una questione d'impostazione.

La dottrina dominante in Italia imposta il problema della c.d. attività giuridicamente rilevante della persona giuridica come la questione di sapere se queste siano munite degli elementi materiali necessari per la realizzazione di fattispecie giuridiche: e cioè, trattandosi di enti diversi dalle persone fisiche, di una volontà collettiva, di gruppi dirigenti o dominanti, d'individui preposti ai vari uffici e via dicendo. E una volta posta in questi termini la questione, è naturale che, a parte le divergenze in merito alla configurazione dell'attività e volontà dell'ente a immagine più o meno somigliante a quella d'un essere umano, la dottrina si trovi fondamentalmente concorde nel rispondere al quesito in senso affermativo. Normalmente invero le entità materiali sottostanti alle persone giuridiche presentano elementi che mettono gli enti medesimi in condizione di porre in essere qualcosa che non è poi così arbitrario definire come «volontà sociale». Il fatto si è, però, che allo stesso modo come nel caso dell'essenza dell'«ente» il problema giuridico non sta nella questione se un ente reale effettivamente esista ma se l'ente reale esistente (posto che ve ne sia uno ed uno solo) corrisponda al centro di soggettività giuridica, nel caso in esame non si tratta di sapere se dei «mezzi reali» effettivamente esistano, ma se per l'ordinamento giuridico nell'ambito del quale la p. g. è legittimata l'esistenza di quei mezzi reali sia condizione necessaria e sufficiente perché la persona giuridica partecipi delle conseguenze giuridiche dei fatti che si producono nell'ambito sociale. E la risposta al quesito non può essere che negativa se si tiene conto dell'atteggiamento dell'ordinamento giuridico nei confronti della «realtà» materiale di cui quei mezzi son costituiti. In primo luogo, la presenza di un qualsiasi elemento reale - e in particolare di un elemento umano - non si accompagna in ogni caso all'esistenza di una persona giuridica: si è visto infatti nelle sezioni precedenti

[227] Non sono - per usare l'espressione efficace (ma inesatta) di un autore di opinione contraria - «fonti di produzione»o di realizzazione di «fattispecie soggettive»(FALZEA, *I1 soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, cit., p. 171).

che si danno dei casi di persone giuridiche esistenti in totale assenza di qualsiasi organizzazione reale specificata. In secondo luogo, quello che conta agli effetti del riferimento all'ente degli effetti giuridici degli atti di certi individui non è la situazione materiale di «agenti» in cui questi individui vengano a trovarsi, bensì il rapporto formale che li lega all'ente[228]. Si aggiunga - e questo è un punto non meno essenziale - che gl'individui agenti son soggetti di diritto prima e a maggior titolo dell'ente, e che l'attività che essi svolgono per conto dell'ente è *di per sé* giuridicamente rilevante almeno per le norme stesse di organizzazione. Il che induce a pensare a un fenomeno di riferimento all'ente delle conseguenze giuridiche di attività *altrui* piuttosto che propria.

Il fatto di avere già adottato un concetto di persona giuridica che esclude dall'essenza dell'ente soggetto ad essa corrispondente qualsiasi elemento extragiuridico, sarebbe sufficiente per escludere che la persona giuridica sia in grado di partecipare direttamente alla realizzazione di fattispecie giuridiche. Solo però se rinunciamo ad argomentare dalle conclusioni già raggiunte saremo in grado di utilizzare la dimostrazione dell'assunto negativo a conferma del concetto meramente giuridico dell'essenza delle persone giuridiche al quale siano pervenuti. E ciò senza contare la necessità di chiarire il problema della c.d. «attività» delle persone giuridiche in sé e per sé,.ai fini del confronto al quale dovremo procedere con la posizione a tale riguardo degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale.

La via migliore, quindi, è di cercare prima l'elemento distintivo fra i casi in cui un soggetto patisce o si avvantaggia delle conseguenze del fatto *proprio* e quelli in cui patisce o si avvantaggia delle conseguenze del fatto *altrui*. Per poi vedere, sulla base dei risultati conseguiti, se dal modo come le persone giuridiche si comportano di fronte al fenomeno della realizzazione di fattispecie giuridiche si debba veramente concludere che esse partecipino tanto delle conseguenze di fatti propri che di fatti altrui[229].

15. - La determinazione del criterio distintivo tra i casi in cui un individuo soggetto patisce o si avvantaggia delle conseguenze giuridiche del fatto *proprio* e quelli in cui esso costituisce soltanto il punto di riferimento delle conseguenze giuridiche dell'attività giuridicamente rilevante di un soggetto diverso sarebbe molto facile se una serie di circostanze - e forse proprio la tendenza a cercare delle premesse che in qualche modo consentano di far partecipi anche le persone giuridiche della a «produzione» di fattispecie soggettive - non contribuissero in varia guisa ad oscurare i termini del

---

[228] Tutto ciò non esclude, come vedremo, che una realtà materiale del genere di quella cui dianzi si alludeva (e idonea a porre in essere certi comportamenti) possa esistere nell'ambito di una data comunità giuridica: e nulla impedisce all'ordinamento di una società di considerare giuridicamente rilevanti i comportamenti degli individui materialmente legati a quella stessa realtà. Ma si tratterebbe, in tal caso, d'un fenomeno profondamente diverso da quello in esame.

[229] Dato che la persona giuridica non s'identifica con un ente reale non si dovrebbe parlare nemmeno di fatto «altrui». La distinzione va intesa con riferimento al centro d'imputazione strumentale e serve ad ogni modo al solo scopo della confutazione delle teorie organicistiche. Lo stesso vale per i concetti di rappresentanza e d'«interposizione di persona» ai quali si ricorrerà di frequente nel corso della discussione. Per il momento c'interessa mostrare a modo nostro che fra il centro d'imputazione formale e gli atti posti in essere dagli agenti sussiste un «rapporto» *giuridico* e non *organico.* Solo dopo aver svolto questo punto vedremo quali conseguenze derivino dalla natura artificiale e strumentale del centro di soggettività nonché dalla giuridica rilevanza della sua «organizzazione» (p. 164 ss.). Ed è superfluo avvertire che a parte l'argomentazione - nella quale non siamo sempre d'accordo con le dottrine giuridiche - il problema è di scelta e formulazione. Di veramente nuovo c'è da dire qualcosa solo sulle costruzioni di tendenza organicistica più recenti.

problema.

A) Il primo fattore - ma il meno importante - è costituito dall'abitudine di molti giuristi - in sé e per sé innocua e sotto certi aspetti assai utile - di definire la rappresentanza come quella figura di interposizione di persona nella quale il *fatto* di un soggetto viene *attribuito* o *riferito* ad un altro soggetto[230]. Questa configurazione del fenomeno ha senza dubbio la sua efficacia descrittiva dal punto di vista della direzione che il diritto imprime alle conseguenze del fatto. Essa non risponde però, ovviamente, all'esigenza dell'esatta costruzione del fenomeno agli effetti della valutazione dei requisiti soggettivi del fatto, che vengono cercati dal diritto nel rappresentante e non nel rappresentato. Soprattutto, poi, essa ha il grave difetto di oscurare i termini *tecnici* del fenomeno, la cui caratteristica essenziale sta nel fatto, secondo l'opinione unanime dei civilisti, che l'*intera fattispecie* negoziale è realizzata dal rappresentante senza la minima partecipazione del rappresentato. Il riferimento al rappresentato degli effetti giuridici della fattispecie realizzata ha luogo esclusivamente in base a presupposti *giuridici*, indipendentemente da qualsiasi rapporto d'ordine materiale fra il rappresentato stesso e il rappresentante ed i fatti realizzanti la fattispecie[231]. Che è il contrario di quel che avviene, per tacere d'altre figure, nel caso della stipulazione per mezzo di *nuncius*[232] [233].

B) Un altro elemento di confusione è la configurazione che la dottrina è venuta tradizionalmente dando - anche qui in un certo senso a ragione - ai vari fenomeni d'interposizione di persona nel campo dell'illecito civile: responsabilità del genitore per il fatto del figlio coabitante; responsabilità del tutore per il fatto del pupillo coabitante; responsabilità del committente, e via dicendo.

In tutti questi casi, è innegabile a nostro avviso che la fattispecie alla cui realizzazione l'ordinamento condiziona il sorgere d'una situazione giuridica onerosa a

---

[230] V., p. es., la definizione della rappresentanza data dal CHIRONI, *La colpa nel dir. civ.*, ecc., *Colpa extracontr*., I, 1906, p. 370 ss. e confrontala con quella della dottrina dominante nel v. TUHR, *Der allgemeine Teil des deutschsen bürg. Rechts*, II, 2, 1918, p. 333 ss.; nel WIDSCHEID-KRIPP, *Pandek*, § 73, p. 350-51 («Sobald jemand seinen Willen erklärt mit der hinzugefügten [ausdrücklichen oder stillschweigenden] Erklärung, dass er im Namen eines anderen handele, hat seine Willenserklärung, vorausgesetzt, dass er die Grenzen seiner Vertretungsbefügnis nicht überschritten hat, für ihn gar keine W*irkung*, für denjenigen aber, für welchen er handelt, *die gleiche als* hätte dieser selbst gehandelt»); e quella del COVIELLO F., *Manuale di dir.civ. it.*, cit., 397; del BETTI, *Dir. rom.*, cit., I, p. 387 ss., spec. 382, 386 ss.: del MIELEE G., *Principî*, cit., I, p. 87-88; del BALLADORE PALLIERI, *Dir. costituz.*, cit., p. 22 pr. Non preferiscono sempre l'espressione esatta l'ESPOSITO, *Organo, ufficio e soggettività dell'ufficio*, Padova, 1932, spec. alla p. 24, nonché il PERASSI, *Lezioni*, cit., I, 1937, p. 188 ss. il SERENI, *La rappresentanza nel dir. internaz.*, 1936, p. 9 ss. Ancor più esatta invece (per le ragioni addotte dall'ESPOSITO, *La rapprestanza istituzionale*, negli *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. I, 1940, p. 318, 355), è la formula secondo la quale «il rappresentante, agendo in nome e per conto del rappresentato, compie atti che hanno lo stesso effetto di quelli identici del rappresentato». Definizione intesa ad evitare il bisticcio che sorge sulla base della formula tradizionale nei casi in cui l'atto del rappresentante, per i poteri di cui gode il rappresentato, produca effetti a vantaggio o carico di terzi.

[231] Il BETTI, *Dir. rom.*, cit., I, p. 382 parla molto efficacemente di «*scissione, distacco tra fattispecie* [fattispecie realizzata] *ed effetti giuridici*» (corsivi nostri). Lo stesso A. osserva che «la rappresentanza presuppone una *netta, completa separazione fra 1e due sfere giuridiche* del rappresentante e del rappresentato: presuppone nel rappresentante una capacità patrimoniale indipendente da quella del rappresentato e tale da far apparire possibile, almeno astrattamente, che il negozio produca i suoi effetti in capo a lui stesso» (*Op. cit.*, I, p. 391 - corsivi nostri).

S'intende che l'«assenza» del rappresentato si riferisce al momento della realizzazione della fattispecie negoziale da parte del rappresentante.

[232] Nella rappresentanza diretta il rappresentato resta altrettanto estraneo alla realizzazione della fattispecie, nonostante il mandato da lui conferito, quanto nella interposizione gestoria. Ed e ugualmente chiara nei due casi la natura *giuridica* del presupposto dello spostamento di direzione degli effetti.

[233] Per una curiosa applicazione del concetto deformato di rappresentanza v. la nota 165, p. 127 s.

carico del soggetto «principale» è costituita da qualcosa di più del mero fatto dell'agente. L'attribuzione al genitore, al tutore, al committente, al precettore della responsabilità per il fatto del vigilato o del preposto è condizionata, a seconda del caso, all'esistenza di un rapporto materiale fra il primo e il secondo - la coabitazione o l'essere il vigilato o l'allievo presso il responsabile -[234], oppure la *culpa in vigilando*[235] o *in eligendo* di quest'ultimo, oppure ancora due o più di questi elementi insieme[236]. Ciò significa che in ogni caso un fatto del soggetto principale (azione od omissione) o almeno una sua certa situazione materiale nei confronti dell'agente e dell'«evento» dannoso è condizione *sine qua non* dell'attribuzione al soggetto medesimo della responsabilità esclusiva o *adiecticia.* A ben guardare, quindi, la fattispecie dell'«illecito» non è costituita soltanto dal fatto posto in essere dall'agente, ma comprende un elemento ulteriore (di fatto) che è sempre determinante per il prodursi dell'effetto giuridico in capo al soggetto «principale». A differenza della rappresentanza e dell'interposizione gestoria, insomma, innanzi tutto non è sufficiente il fatto dell'agente. In secondo luogo l'elemento aggiuntivo che porta al riferimento delle conseguenze giuridiche al soggetto principale non è il *rapporto giuridico* fra soggetto principale ed agente - o non è *soltanto* questo rapporto - ma un elemento di *fatto* che costituisce un legame fra il soggetto principale e l'evento: un legame a volte tenuissimo e non necessariamente causale o teleologico ma sempre un fatto che pone quel soggetto in rapporto con il torto. Vero è che si è consolidato l'uso di qualificare la situazione giuridica del soggetto che risponde del danno come responsabilità «per fatto altrui», «per fatto illecito altrui» o semplicemente come responsabilità «indiretta», e di parlare di uno «sdoppiamento», per cui «uno è il *soggetto dell'altro illecito* e un altro è il *soggetto dell'obbligazione di risarcire*»[237]. Ma sta di fatto che questo linguaggio è giustificato solo dalla circostanza d'ordine meramente *quantitativo* che quell'elemento ulteriore si riduce spesso a proporzioni minime e talvolta impercettibile. In realtà la situazione giuridica di responsabilità sorge in capo al soggetto per azione, omissione o situazione *propria* connessa con il fatto dell'agente, e non è quindi, a rigore, né «indiretta» né «per fatto altrui». A differenza del caso della rappresentanza e dell'interposizione gestoria, l'elemento decisivo della responsabilità del soggetto principale è una qualche circostanza di fatto, non un rapporto giuridico. E non ha nulla a che vedere direttamente con l'imputazione della responsabilità. il rapporto di patria potestà, tutela, apprendistato, preposizione institoria ecc., in cui l'agente si trovava rispetto al soggetto[238] Pur non contestando, dunque, la bontà delle ragioni che inducono a

---

[234] Il genitore e il tutore, p. es., sono responsabili solo per i danni causati dal figlio o pupillo *coabitante.* (Cfr. MESSINEO, *Istituzioni*, cit. parte e sez. cit., p. 429). i precettori e gli artigiani, sono responsabili rispettivamente del fatto dell'allievo o dell'apprendista *nel tempo in cui si trova sotto la loro vigilanza* (*Op. cit.*, l. cit.); e colui che è tenuto a sorvegliare l'incapace d'intendere o di volere è responsabile dei danni causati dalla persona affidata alle sue cure salvo che *provi di non aver potuto impedire il fatto (ibid.).*

[235] V. MESSINEO, *Op. cit.*, parte e sez. cit., p. 429.

[236] *Ibid.*

[237] Così MESSINEO, *Istituzioni*, cit., parte e Sez. cit. p. 428.

[238] Ciò appare in modo ancora più evidente se si pensa che la serie dei casi di «interposizione di persona» agli effetti della responsabilità civile trova la sua prosecuzione logica nei vari casi in cui si parla di responsabilità per «danno» (e non più «illecito») causato dal *servus*, dall'animale o dalla cosa: dove da un lato è evidente non potersi parlare di atto illecito se non con riferimento al soggetto responsabile e non all'evento in sé e per sé, alla cosa o all'agente. Dall'altro lato si accentua la preminenza degli elementi d'ordine materiale, se non altro perché fra il *servus*, l'animale o la cosa da una parte e il soggetto responsabile dall'altra non sussiste che un rapporto di fatto (a meno di non

qualificare le figure in questione come casi di «responsabilità indiretta», non si può non rilevare che l'uso di questa terminologia non porta certo un chiarimento nella distinzione fra i casi in cui un soggetto subisce o si avvantaggia delle conseguenze del fatto *proprio* e quelle in cui gli facciano capo le conseguenze d'un fatto *altrui*[239].

C) Ma le due tendenze rilevate appaiono entrambe innocue, dal punto di vista della distinzione in esame, al confronto con quelle teoriche che attengono, anziché alla costruzione di particolari figure d'«interposizione di persona» - costruzioni che possono considerarsi dei modi di dire più che delle vere e proprie figure dommatiche -, alla stessa impostazione della distinzione tra le due ipotesi: quelle teoriche, cioè, che per un verso o per l'altro tendono a spostare la distinzione dal piano del fatto a quello del diritto. Perché a questo arrivano coloro che o sdoppiando il legame (di fatto) tra fatto e soggetto in imputazione materiale o psicologica dal fatto (che noi chiameremmo, piuttosto, titolarità materiale della fattispecie realizzata) e imputazione giuridica del fatto stesso; o sostituendo senz'altro all'imputazione in senso materiale-psicologico l'imputazione giuridica del fatto - e confondendo poi in maggiore o minore misura la pretesa imputazione giuridica del fatto con il riferimento delle conseguenze giuridiche -, finiscono, a nostro modesto avviso, per confondere tutte le idee modellandosi il fenomeno come loro aggrada.

L'espressione più spinta di questo indirizzo è la teoria che introduce una specie di termine medio tra il «riferimento» di una fattispecie all'ente soggetto che l'abbia posta in essere da parte di chi osservi il fenomeno giuridico a scopo pratico o scientifico - riferimento che impropriamente noi stessi e alcuni degli autori in questione chiamiamo «imputazione» in senso materiale o psicologico - e il riferimento allo stesso ente o ad un ente diverso da parte del diritto delle conseguenze giuridiche della fattispecie medesima - che si potrebbe ben chiamare «imputazione»: degli effetti giuridici della fattispecie. E il termine medio (di pura invenzione dei teorici in questione) sarebbe costituito dalla così detta «imputazione giuridica» della fattispecie realizzata. Tale imputazione giuridica

---

configurare come giuridico il rapporto fra il soggetto e l'oggetto del diritto). E come si vedrà più avanti nel testo è solo un equivoco quello che porta numerosi autori a ritenere che *l'atto* sia «imputato» al soggetto responsabile dal diritto. Questo imputa 1a *responsabilità* all'individuo soggetto capace che ha causato l'evento o che si trovava per il legislatore nelle condizioni più idonee per prevenire o comunque impedire o limitare il fatto o le sue conseguenze dannose.

[239] La prova migliore della confusione che può sorgere è costituita da certi paralleli o contrapposizioni malposte che si sono fatte talvolta in dottrina fra rappresentanza e responsabilità indiretta. Vi sono autori, p. es., che dopo aver indicato le due categorie della responsabilità per *fatto proprio* e per *fatto altrui*, definendo la prima come «responsabilità per fatto illecito al quale siasi dato causa in modo diretto e immediato» e la seconda come «responsabilità per fatto illecito non direttamente commesso, e sorretta da presunzione di negligenza nel sorvegliare, secondo l'obbligo, l'agente dal quale materialmente venne posto i1 fatto determinante l'offesa» (CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, cit., I, p. 366) includono nella prima figura (fatto *proprio*), oltre al caso in cui il fatto illecito sia commesso materialmente dalla persona responsabile, quello in cui «tra la responsabile e l'autore materiale del delitto o quasi-delitto corre un rapporto di *rappresentanza*, pel quale ogni atto commesso dal rappresentante in tal sua qualità e nell'esercizio della sua funzione, viene ritenuto come se il rappresentato medesimo lo abbia compiuto» (CHIRONI, *op. cit.*, p. 370-71 e, della stessa opera, *Colpa contrattuale*, n. 177, p. 304 ss.; e nello stesso senso LESSONA, cit. da AGO, *Resp. indir.*, cit., p. 16, n. 2 e AGO stesso, *Op. cit.*, p. 22). È fin troppo evidente quanto tali modi di dire possano influire - ed a nostro avviso in senso negativo - sulla distinzione tra i casi in cui un soggetto subisce le conseguenze del fatto.proprio e quelli in cui subisce le conseguenze della realizzazione di una fattispecie giuridica da parte di un altro soggetto. E ciò senza contare l'assurdo accostamento che, sia pure in funzione negativa, le teorie sopra citate sembrano stabilire o espressamente stabiliscono tra due figure inconciliabili come quella della rappresentanza e della responsabilità indiretta.

avrebbe luogo nei confronti del soggetto al quale si riferiscono gli effetti della fattispecie, ed in virtù di essa la fattispecie soggettiva realizzata, prima di produrre effetti per un soggetto - lo stesso autore del fatto o un soggetto diverso - verrebbe a questo *riferita giuridicamente.* Tale soggetto pertanto nei casi in cui la fattispecie sia imputabile *materialmente* ad un soggetto diverso, sarebbe ciononostante il «titolare»della fattispecie *dal punto di vista giuridico*[240]. Questa tendenza ha assunto una forma particolarmente acuta in una parte considerevole della dottrina internazionalistica (specialmente italiana), la quale sostiene che dal punto di vista giuridico un fatto sarebbe «proprio» di una persona (fisica o giuridica) non in quanto sia stato posto in essere da quella persona in senso materiale-psicologico, ma in quanto una norma glielo attribuisca[241]. Concezione che dà modo a numerosi autori di affermare che nel caso della rappresentanza - quella convenzionale e quella legale, a quanto pare - pur essendo il fatto posto in essere esclusivamente dal rappresentante, esso verrebbe riferito dal diritto al rappresentato[242]. E

---

[240] Questa mi pare sia la concezione che professa tra i moltissimi altri l'ALESSI, *Sul fondamento di una responsabilità «diretta» della persona giuridica*, in *Studi in onore di G. Pacchioni*, p. 384, allorché afferma - alludendo alla rappresentanza - che la «volontà promanante materialmente da un soggetto è considerata, da un punto di vista giuridico, come volontà direttamente di un soggetto diverso, legato al primo da un rapporto particolare»; e ancora più di recente in *Alcune considerazioni sulla teoria degli* «*organi dello Stato*», nell'*Archivio giuridico Filippo Serafini*, CXXVII, 1942, I, p. 204: dove a proposito delle persone giuridiche afferma che a in base ad un fenomeno d'imputazione (*Zurechnung*) di natura prettamente giuridica... questa volontà (quella espressa dall'organo-agente) si pone come volontà dell'ente, producendo effetto direttamente per quest'ultimo». Lo stesso A. si esprime in modo analogo ne *La respons. della pubblica amministrazione*, Milano, I, 1939, p. 26 ss., 140, 143 e 145. L'A. riconosce (*Op. ult. cit.*, p. 140) che «la pubblica amministrazione, così come ogni altra *persona giuridica, in quanto mera astrazione giuridica, non è in* g*rado di volere e di agire*», ma ritiene che essa voglia ed agisca «attraverso la volontà e l'azione di persone fisiche per mezzo delle quali *si estrinseca appunto la vita materiale e giuridica* dell'ente». Nello stesso senso si esprimono il CRISAFULLI, *Alcune considerazioni sulla teoria degli organi dello Stato*, nell'*Archivio giuridico Filippo Serafini*, 1938, p. 83; il MIELE *Principii*, cit., I, p. 93-96; il ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., voce *Organi*, p. 167, 146 e *passim*, e la larga maggioranza degli studiosi del fenomeno. Ancora più chiara, ma con applicazione come vedremo diversa. è la inserzione del termine medio dell'*imputazione giuridica* da parte del FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, cit. spec. p. 164-165, il quale non esita a prospettare la tricotomia; *imputazione psicologica, imputazione giuridica* e *riferimento di effetti giuridici.* Il concetto di imputazione giuridica sul quale questi autori fanno leva è quello del KELSEN, prima maniera *(Hauptprobleme der Stastsrechtslehre*, Tübingen, 1911, 57 ss., 462, 528 ss.), sul quale *infra*, nota 172, p. 132: concetto che il Kelsen ha poi completato con la nota teoria della *periphere e zertrale Zurechnung* nel quadro della sua concezione «giuridica pura» della soggettività (v. *infra*, nota cit.).

[241] Condividono questa concezione, fra gli internazionalisti, oltre all'ANZILOTTI, *Corso*, 1928, p. 227, lo SCHOEN, *Wörterbuch des Völherrechts*, cit., I, p. 494; il PERASSI, *Lezioni*, cit., I, p. 115 ss.; BALDONI, *Gli organi*, cit., p. 353-355 ss.; SERENI, *La rappresentanza*, cit., p. 2 ss.; BALLADORE PALLIERI, *Diritto internaz. pubbl.*, cit., p. 89 ss.; AGO, *La resp. indir.*, cit., l. cit. ma spec. *Le délit*, cit., p. 36 ss, 45, 59 ss.*;* MORELLII, *Nozioni*, cit., p. 203 ss.; MONACO, *Manuale*, cit., p. 207 ss.; QUADRI, *Dir. internaz. pubbl*., cit., p. 317 ss. Per le conseguenze che derivano da questo concetto per la teoria degli «organi» degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale v. *infra*, sez. IV, Cap. seg.

[242] L'ALESSI, invero, usa il termine «imputazione» in sensi diversi e tende a confondere la mera imputazione psicologica o materiale del fatto con l'imputazione o riferimento degli effetti giuridici, ovvero la dichiarazione di volontà (atto) con le sue conseguenze giuridiche. Si vedano, p. es., nello scritto *Sul fondamento*, cit., le pp. 383, 384, 390, 393, dove il termine è usato alternativamente. Lo stesso in *Alcune consideraz.*, cit., p. 204, 206 e 207. E v. anche *La responsabilità*, cit., I, p. 147-48.

Un analogo uso del termine in senso diverso - talvolta con riferimento alla fattispecie realizzata talaltra alle conseguenze giuridiche - si ritrova nell'AGO, *La responsabilità indiretta nel diritto internazionale*, nell'*Archivio di dir. pubbl.*, 1936, spec. 22-23; e nel BALLADORE PALLIERI, *Dir. costituz.*, cit., p. 22 in fine, 23. Nel caso della rappresentanza (p. 22) l'Ago parla di *imputabilità diretta* al rappresentato dell'*attività* del rappresentante; altrove (p. 73) parla di imputazione della *responsabilità*, cioè delle conseguenze giuridiche. Promiscuità che è una conseguenza della concezione dell'imputazione della fattispecie come «operazione giuridica» od «operazione logica effettuata dalla norma», che l'Ago riprende dall'Anzilotti (v. la nota prec.). Il BALLADORE PALLIERI dà espressione quasi plastica

nel caso delle persone giuridiche ci troveremmo di fronte ad un fenomeno analogo.

Si dice a questo proposito, precisamente, che «da un punto di vista psicologico, la volontà espressa è e rimane volontà del soggetto fisico, onde è soltanto in base ad un fenomeno di *imputazione* (*Zurechung*) di natura prettamente giuridica, che questa volontà si pone come volontà dell'ente, producendo effetto direttamente per quest'ultimo»[243] [244]. L'introduzione del termine medio della imputazione giuridica e l'alterazione del concetto della rappresentanza offrirebbero in altri termini la possibilità di costruire ogni caso d'«interposizione di persona» come un fenomeno di attività diretta in senso giuridico dell'ente al quale si riferiscono le conseguenze giuridiche della fattispecie realizzata. E vi sarebbero persino dei casi in cui un'azione va qualificata come «altrui» dal punto di vista giuridico[245].

Questo modo di vedere il rapporto fra titolarità materiale della fattispecie soggettiva realizzata e il riferimento o l'imputazione delle sue conseguenze giuridiche ci sembra tuttavia viziato da qualcosa di più che delle mere improprietà di linguaggio. Esso è inaccettabile per tre ragioni:

1) Il concetto d'imputazione «giuridica» presenta anzitutto il grave errore logico di confondere l'attribuzione del fatto al suo autore da una parte con la qualificazione giuridica del fatto - ivi compreso il riferimento degli effetti giuridici ad un soggetto - dall'altra. Il legame tra il fatto soggettivo ed il suo autore costituisce un fatto della realtà materiale che non dipende da una norma giuridica più di quanto non dipenda da una norma il compimento stesso del fatto da parte d'un individuo o il prodursi di qualsiasi fatto di natura. Il fatto, se e nei limiti in cui si tratta del fatto di un individuo, è stato compiuto da colui che l'ha posto in essere e non c'è norma giuridica che possa mutare questo stato di cose. Se il fatto è stato compiuto materialmente dall'individuo soggetto *A*,

---

all'«imputazione di fatti» o «volontà» quando osserva che «il rapporto di organicità si riferisce non a soggetti singoli, ma ad attività determinate: che queste in fatto emanino da uno piuttosto che da altro individuo fisico è solo una delle molteplici condizioni necessarie perché quelle attività abbiano i requisiti voluti per apparire come attività dello Stato. Alcune attività individuali, insomma, sono, per così dire, avulse dal soggetto da cui emanino in fatto, e riferite invece come proprie all'ente giuridico» (*Op. cit*., p. 23).

[243] ALESSI, *Alcune considera3ioni*, cit., p. 204. In senso analogo già CRISAFULLI, *Alcune consideraztoni*, cit., p. 83.

[244] Del concetto d'«imputazione giuridica» fa uso, come s'è detto, anche il FALZEA, *op. cit.*, l. ult. cit. Questo autore, tuttavia, lo applica soltanto in tema di rappresentanza (e in modo diverso per la rappresentanza legale e quella convenzionale). Per quanto riguarda le persone giuridiche, egli risolve il problema dell'attività giuridicamente rilevante *diretta* dell'ente sulla base della teoria delle norme di organizzazione come fatto storico (*infra*, p. 160 ss.).

[245] Un esempio significativo delle conseguenze alle quali si arriva facendo funzionare il procedimento d'imputazione giuridica in parola è il seguente passo dell'ALESSI, *Su1 fondamento di una responsabilità «diretta»* ecc. cit., p. 392: «Ma la distinzione tra il fatto proprio e il fatto altrui va fatta in base ad un criterio giuridico, non in base ad un criterio materiale. Ciò; significa che può esser considerato *fatto proprio* anche un'attività che promani materialmente da un soggetto diverso, qualora, in virtù di un particolare rapporto intercorrente tra i due soggetti, l'attività stessa debba *giuridicamente* esser considerata come attività del soggetto al quale la responsabilità si voglia accollare: in altri termini, può esserci una responsabilità *diretta* anche per danni derivanti da un'attività che *materialmente* sia *altrui* rispetto al soggetto responsabile, qualora l'attività stessa sia da considerarsi giuridicamente come un'attività promanante direttamente dal soggetto stesso. Dal che l'A. cit. deduce che nei vari casi di vigilanza materiale si ha responsabilità indiretta perché il *fatto* è «*giuridicamente*» *altrui* (p. 391-393); nel caso della rappresentanza e della rappresentanza organica (che è quella delle persone giuridiche) i fatti sarebbero *giuridicamente propri* dell'ente (p. 382-393). A noi tutto questo sembra molto strano: continuiamo a credere, come il buon senso ci porta a fare, che la questione di sapere se un atto sia proprio di un ente o di un altro è una questione di fatto. V. anche, nel senso criticato, il passo del ROMANO rip. nella nota 185-186, p. 138.

la sua «imputazione» può far capo soltanto ad *A* - salvo il caso di errore giudiziario. Per «imputazione del fatto» si può intendere o il collegamento materiale del fatto con un determinato soggetto - cioè la titolarità materiale della fattispecie realizzata - oppure la constatazione da parte dell'osservatore che l'evento è collegato con un determinato soggetto. Nel primo caso essa si presenta come il presupposto del verificarsi di effetti giuridici a carico o a vantaggio dello stesso individuo o, qualora sussistano certe condizioni, di un individuo diverso. Nel secondo caso essa si presenta come l'operazione logica *compiuta dall'interprete* al fine di accertare l'esistenza di quel presupposto e costatare o dichiarare l'esistenza dell'effetto giuridico corrispondente. Altra cosa, evidentemente, sono l'attribuzione al fatto di conseguenze giuridiche ed il riferimento delle conseguenze stesse ad un soggetto determinato: fenomeni che si collocano entrambi nel mondo del diritto e non hanno nulla a che vedere con quel legame tra il fatto e il suo autore materiale che costituisce il presupposto dell'effetto giuridico o il presupposto della constatazione o dichiarazione dell'effetto giuridico da parte dell'osservatore[246].

---

[246] Gli autori cit. fanno spesso riferimento - più o meno esplicitamente - al concetto d'imputazione giuridica *(Zurechung*), utilizzato dal KELSEN, spec. negli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, cit., ll. cit. sopra alla nota 166, p. 129 (v. p. es. ANZILOTTI, *Corso*, cit., p. *227;* CRISAFULLI, *Alcune considerazioni*, ecc.cit.in *Archivio giur.*, 1938, p. 83; ALESSI, *Alcune considerazioni*, cit., p. 203 in nota). Va osservato però - quali che siano le proporzioni in cui ciascun autore si consideri debitore al Kelsen della costruzione discussa nel testo - che quel concetto di *Zrechnung* non ha nulla a che vedere con la pretesa «imputazione giuridica di fatti» come fenomeno distinto dal riferimento del fatto all'individuo da parte dell'osservatore o il riferimento delle conseguenze giuridiche del fatto all'individuo stesso da parte dell'ordinamento.

Il K. (*Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 62 ss.; *I.es rapports de système entre le dr. interne et le dr. internat. public.*, nel *Recueil*, cit., 1926, IV, p. 243-45; e *Théorie générale*, cit., p. 142 43) tende a ridurre il fenomeno della soggettività, come s'è accennato, al suo puro aspetto giuridico e obbiettivo, e configura la personalità come la personificazione di un fascio di norme. Considerando cioè il fenomeno giuridico come realtà a se stante e prescindendo in sostanza da quella «reazione» fra diritto da una parte e fatti e individui dall'altra in cui noi giuristi meno puri sogliamo identificare quel fenomeno - reazione che è in realtà l'applicazione del diritto ai fatti umani ch'esso contempla più che la descrizione astratta del diritto allo stato «puro» -, il K. perviene alla logica definizione della soggettività come il fenomeno della valutazione di atti umani da parte di norme; e della personalità come l'insieme delle norme dell'ordinamento totale o parziale che valutano i comportamenti di ciascun individuo. Definizione che è logicamente ineccepibile, quale che sia il suo valore pratico (sul quale *supra*, nota 11, p. 13), giacché è incontestabile che nell'ambito d'un sistema di norme vigente in una società non vi sia posto pei fatti che le nonne valutano ne per gl'individui ai quali le norme s'indirizzano: ci son soltanto le norme. E la destinazione dei comandi - che è la soggettività - è solo la direzione impressa alle norme, nella loro azione sulla società, quale si manifesta nelle fattispecie che le norme enunciano.

È altrettanto logico che nell'ambito d'una concezione siffatta il Kelsen intenda per «imputazione» una di queste due cose: o il riferimento da parte di ciascuna norma delle conseguenze disposte alla fattispecie prevista, e attraverso questa all'individuo: che è la p*eriphere Zurechnung*; oppure il collegamento tra il fatto concreto e il sistema al quale la norma che lo valuta appartiene, considerato nella sua unità: che è la *zentrale Zurechnung.* La prima è il «lien qui unit hypothèse et con sequenze» in base alla legge giuridica distinta dalla legge di causalità (il *Sollen der Zurechnung* contrapposto al *Müssen der Kausalität)* cioè il legame tra fatto-condizione giuridica e fatto-conseguenza giuridica: p.es. delitto e pena. La seconda è il legame tra ciascun fatto valutato e l'ordinamento. Legami che si traducono naturalmente entrambi in un legame ulteriore con l'individuo. Pena-delitto-reo da una parte (*periphere Zurechnung*; individuo-fatto individuale valutato-ordinamento dall'altra *(Zentrale Zurechnung*). (E: l'insieme delle *zentrale Zurechnungen* relative a ciascun individuo è la «persona giuridica» corrispondente all'individuo stesso).

Fermandoci ora sulla *periphere Zurechnung* - che è la sola che per il momento interessi -, e tornando alla questione discussa nel testo, è evidente che quando il Kelsen discorre d'«imputazione del fatto» come operazione giuridica, egli non intende parlare d'un riferimento giuridico del fatto all'individuo autore o non autore, ma della correlazione (giuridica) tra il fatto e quello che noi chiamiamo «effetto giuridico»: e in tanto insiste sul carattere strettamente giuridico di questa operazione in quanto vuole esprimere il concetto che la correlazione che la norma stabilisce tra il tatto condizione e la conseguenza (sanzione, responsabilità) è un fenomeno del tutto distinto dal rapporto causale sussistente o non sussistente o sussistente in misura tenuissima fra l'azione od omissione

2) In secondo luogo, il concetto d'«imputazione giuridica» in esame non potrebbe logicamente trovare alcuna rispondenza nel fenomeno giuridico reale per il semplice motivo che il diritto non ha affatto bisogno, per attribuire ad un soggetto le conseguenze ch'esso annette ad un fatto, di attribuire prima il fatto al medesimo soggetto. Il diritto, inteso nel suo aspetto tecnico di sistema di valutazioni o di canoni di valutazione di fatti della vita reale[247], ha per oggetto fatti naturali o fatti di soggetti (atti). Nell'uno come nell'altro caso la funzione che esplica è di riferire ai suoi soggetti le conseguenze che esso annette ai fatti. Esso "distribuisce s cioè diritti e doveri, *non* «*fatti*» o «*atti*». Se fosse vero che all'atto di provvedere al riferimento ad un soggetto delle conseguenze d'un atto il diritto dovesse prima riferire l'atto allo stesso soggetto, altrettanto dovrebbe valere per i fatti naturali. I *fatti giuridici* «*naturali*» quindi, non dovrebbero esser qualificati come tali ma come fatti del soggetto o dei soggetti che di volta in volta subiscano le conseguenze giuridiche del loto verificarsi.

3) Si aggiunga che una parte degli autori che professano la concezione in parola, quando addirittura non attribuiscono al diritto una «operazione» od una «operazione logica»[248], arrivano tutti, in sostanza, a concepire nientemeno che un nesso *giuridico* tra un fatto ed un ente soggetto, cioè tra due fatti[249]. Il che è contrario alla più elementare nozione di correlazione giuridica[250].

17. - Il criterio distintivo, nell'ambito dei fatti giuridici soggettivi, fra i casi in cui a un soggetto fanno capo le conseguenze del fatto proprio ed i casi in cui subisce o si avvantaggia delle conseguenze del fatto altrui, è dunque di sapere se le conseguenze giuridiche di cui si tratta derivino da uno o più fatti soggettivi *materialmente* collegati al soggetto, oppure da fatti soggettivi interamente realizzati da uno o più soggetti diversi e

---

dell'individuo e l'evento prodottosi. Ed è a questo che il K. sostanzialmente accenna già in *Hauptprobleme*, cit., p. 57 ss. riferendosi alla regola del diritto romano «dass mit einer hohen Geldstrafe der Eigentümer jenes Hauses zu belegen sei, von dessen Dach ein Gegenstand herabgefallen ist, der beim Herabfallen jemanden getötet hat». Osservato che non può esservi dubbio che fra la persona del proprietario e la morte del passante non sussiste un rapporto «causale» o «teleologico» e che ciononostante la morte del passante viene «imputata» (zugerechnet) al proprietario, egli spiega il fenomeno con il fatto che l'imputazione (Zurechnung) non si domanda mai che cosa il soggetto abbia fatto o omesso, ma «lediglich, was gesollt war und wer gesollt hat». Vero è che si parla di imputazione giuridica della morte del passante. Ma è chiaro che si tratta del collegamento della responsabilità del fatto all'individuo (la valutazione del fatto come illecito) nonostante la inesistenza o tenuità del rapporto causale, non del riferimento del fatto in sé e per sé all'individuo come fenomeno distinto o non coincidente con il riferimento della responsabilità Ed è sempre con riferimento alla responsabilità e non al fatto che il K. può dire che l'imputazione è un'operazione puramente giuridica fondata su presupposti giuridici cioè su quello che «gesollt war» e la determinazione di colui che «gesollt hat»: ciascuna delle quali cose, secondo il K, avviene esclusivamente in base a norme giuridiche. Il concetto di *periphere Zurechnung*, insomma - che è poi *il* concetto di *Zurechnung* nel sistema del Kelsen - corrisponde al concetto di «correlazione giuridica» chiaramente formulato dal PERASSI, *Introduzione alle Scienze giur.*, 1972-l938» cit., p. 4415, ed al quale non e meno estranea l'idea dell'imputazione *del fatto* a chicchessia.

Questo sia detto, oltre che a chiarimento di quanto si afferma nel testo, per eliminare uno dei tanti equivoci in cui si incorre a causa del malvezzo di attribuire al Kelsen ogn'idea che sappia di bene o male inteso «normativismo». Nonostante tutto il suo normativismo - come s'è visto pienamente giustificato (*supra*, p. 82 ss. e 110 ss., testo e note) - , il Kelsen non ha mai attribuito al diritto la funzione di distribuire «fatti giuridicamente rilevanti»fra i consociati. Ad un male inteso normativismo s'ispirano invece proprio le concezioni criticate nel testo, e in ultima analisi tutta la teoria giuridico-organica delle persone giuridiche.

[247] Nel senso relativo che s'è visto *supra*, nota 128, p. 107 ss.

[248] Come fanno esplicitamente l'ANZILOTTI, *Corso.*, 1928, cit., p. 227 s.; e l'AGO, *Le délit*, cit., p. 36 in fine.

[249] Questo vale per tutti gli autori che parlano di «riferimento giuridico» di «fatti» ai soggetti.

[250] Sul concetto perassiano della quale v. qui sopra, nota 172 in fine.

producenti effetto in capo al soggetto dato in virtù di un rapporto giuridico «ad hoc»[251].

Rimanendo sempre nel campo delle persone fisiche, le varie ipotesi si raggruppano in due categorie. Da un lato stanno, oltre all'ipotesi normale di realizzazione diretta ed esclusiva della fattispecie negoziale o delittuosa da parte dello stesso soggetto, le figure di attività giuridica lecita svolta mediante *nuncius* e le figure di c. d. responsabilità «indiretta». Dall'altro lato stanno le figure di vera e propria interposizione giuridica di persona costituite dalla rappresentanza diretta, dall'interposizione gestoria (rappresentanza indiretta) e dalla sostituzione. Nel primo gruppo di figure ci troviamo di fronte ad un'attività propria dello stesso soggetto che subisce le conseguenze giuridiche della fattispecie realizzata. Nelle ultime tre si tratta di attività giuridicamente rilevante altrui. Nella prima ipotesi, a parte il caso normale di attività esclusiva del destinatario delle conseguenze giuridiche, ci troviamo di fronte ad un legame materiale fra l'agente e il destinatario delle conseguenze giuridiche: sia che un rapporto giuridico non sussista affatto (*nuncius*), sia che il rapporto giuridico che sussiste non abbia una rilevanza diretta nell'imprimere una certa direzione alle conseguenze giuridiche dell'evento (rapporto fra padre o tutore e minore, fra committente e commesso ecc.). L'agente appare, dunque, di fronte al diritto, come *strumento materiale* dell'attività giuridicamente rilevante del destinatario delle conseguenze giuridiche. Nel secondo gruppo d'ipotesi ci troviamo invece di fronte ad un rapporto giuridico *ad hoc* fra l'agente e il soggetto principale, in virtù del quale - *e del quale soltanto* - le conseguenze della fattispecie realizzata ricadono sul soggetto principale anziché sull'agente. Quest'ultimo figura quindi non più come *strumento materiale* di attività giuridicamente rilevante del soggetto principale, ma come *intermediario legale* della partecipazione indiretta del soggetto principale al commercio giuridico. Egli viene in considerazione non già come strumento ma come un soggetto di diritto che realizza lui stesso la fattispecie giuridica le cui conseguenze si riflettono su di un altro soggetto. Il che spiega perché la situazione del soggetto principale e il suo atteggiamento soggettivo nei confronti dell'evento realizzato dall'agente non influiscono minimamente in sé e per sé sul riferimento al primo delle conseguenze giuridiche del fatto. Nel primo gruppo d'ipotesi il soggetto principale *agisce* o *vuole* (più o meno intensamente rispetto al fatto lecito o illecito realizzato) nel solo senso in cui si può agire o volere, cioè in senso fisico-psichico. Nel secondo caso *non agisce né vuole* rispetto alla fattispecie di cui si tratta.

Nel caso delle persone giuridiche, quale che possa essere, anche qui, la convenienza pratica di parlare di atti o fatti dell'ente, l'osservazione spregiudicata della realtà porta a concludere che ci si trova di fronte ad un fenomeno di questa seconda specie: attività giuridicamente rilevante di altri soggetti riflettentesi nei suoi effetti sull'ente, e non attività dell'ente medesimo. Tutte le volte che all'ente fanno capo le conseguenze giuridiche d'un fatto soggettivo, ciò avviene in quanto all'ente vengono riferite le conseguenze giuridiche di attività esplicate da individui soggetti legati all'ente

[251] In primo luogo è da escludere che il fatto sia proprio di un soggetto o di un altro a seconda che il diritto imputi o non imputi al primo soggetto le conseguenze giuridiche del fatto stesso. In secondo luogo il criterio basato sulla circostanza che il soggetto dato sia o meno il *solo agente* che abbia concorso alla realizzazione della fattispecie non è decisivo in quanto il soggetto che apparentemente risponde fatto «altrui», in tanto viene a trovarsi in una situazione di responsabilità per fatto subiettivo, in quanto sia materialmente collegato con l'evento in modo più o meno intenso.

da un rapporto giuridico «ad hoc» del genere di quello che intercede fra rappresentante e rappresentato[252]. Questi individui sono determinati in primo luogo in base alla *qualità giuridica* di agenti o rappresentanti dell'ente; in secondo luogo in base alla *competenza* (giuridica) in un certo ambito della vita e dell'attività dell'ente; (in terzo luogo in base all'ambito della capacità giuridica dell'ente medesimo). Qualificazioni giuridiche che costituiscono condizione *necessaria e sufficiente,* indipendentemente da quella che possa essere la posizione in *fatto* occupata dall'agente nell'ambito dell'ente, per il riflettersi sull'ente medesimo delle conseguenze giuridiche dell'attività da esso agente esplicata.

A meno di non ricorrere, dunque, al concetto d'«imputazione giuridica di fatti» che lascia il tempo che trova, o a concezioni improprie dello stesso fenomeno della rappresentanza, non si può sfuggire alla conclusione che le persone giuridiche non realizzano mai direttamente (*materialmente*) fattispecie giuridiche soggettive Esse si limitano a subirne eventualmente gli effetti giuridici anche nei casi diversi da quelli in cui si valgono dell'opera d'un rappresentante in senso stretto[253].

Questa conclusione, che si fonda soprattutto sulla natura giuridica del rapporto che intercede fra l'ente ed i suoi agenti e la qualità di soggetti dei secondi nei rapporti col primo, con gli altri agenti e con l'esterno[254], non è condivisa dalla larghissima maggioranza della dottrina che ama parlare, al contrario, com'e noto, di «attività» e «volontà» giuridicamente rilevante delle persone giuridiche. Non è difficile dimostrare tuttavia che queste asserzioni, posto che esse siano il risultato di tentativi d'una costruzione scientifica del fenomeno e non dei semplici modi di dire, si basano tutte sul vano sforzo di alterare il dato fondamentale della giuridicità del rapporto fra ente ed agenti (e della soggettività di questi ultimi), presentandolo sotto una veste che consenta di configurarlo in un modo o nell'altro come rapporto meramente materiale. E ciò allo scopo di far salva la concezione della persona giuridica come ente «reale»[255].

18. - L'espressione più radicale e coerente della tesi affermativa della partecipazione diretta delle persone giuridiche alla realizzazione di fattispecie normative soggettive è costituita dalle teorie organiche nella loro formulazione originaria. Secondo queste teorie le persone giuridiche costituirebbero degli enti reali dati che per quanto diversi dagli esseri umani sarebbero come questi idonei a «volere» e «agire»[256] [257].

---

[252] Per l'applicazione alle persone giuridiche della teoria della rappresentanza, oltre al WINDSCHEID, *Pandette*, cit., p. 49 ss. v. gli aa. cit. *infra*, nota 190, p. 139.

[253] Su questo fenomeno v. ESPOSITO, *La rappresentanza istituz.*, cit., negli *Scritti giur. in onore di Santi Romano*, I, 1940, p. 303 ss.

[254] La dottrina, invero, sostiene proprio il contrario configurando la posizione dell'agente nei confronti dell'ente come quella del *nuncius* (strumento materiale). Come si vedrà più avanti, invece, la persona giuridica si può valere dell'opera di un *nuncius* in senso tecnico soltanto *mediatamente,* attraverso un organo-rappresentante.

[255] In questo senso ESPOSITO, *Organo ufficio e soggettività dell'uff.*, cit., Padova, 1932, p. 2 ss., che però resta per noi sostanzialmente vicino all'ordine d'idee dominante (*infra*, p. 150 ss.).

[256] GIERCKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtfssprechung,* 1887, p 623 ss.; *Deutsches Privatrech*, I, 1895, p. 472 ss.; PREUSS, *Stellvertretung oder Organschaft?* negli *Jherings' Jahrbücher,* XLIV, 1902, p. 451 ss.; JELLINEK, *Allg. Staatslehre* cit., ed. it., II, p. 119 ss. (1. III, C. V); ROMANO, *Nozione e natura degli organi costituzionali* ecc., 1895, *passim; Corso dir. costituzionale,* 1931, p. 104 ss.; *Frammenti*; cit., voce «*Organi*»*;* RANELLETTI, *Gli organi dello Stato,* nella *Riv. di dir. pubbl.*, l909, I, p. 17 ss.; DONATI, *La persona reale,* cit., p. 12 ss. dell'estr.; HATSCHEK, *Deutschtes und preussisches Staatsrecht*, I, 1930, p. 27.

[257] Per il rapporto fra le teorie «realistiche» delle persone giuridiche e la teoria degli organi, v. PREUSS, *Stellvrertretung,* cit., p. 430; ESPOSITO *Organo, ufficio e soggettività dell'ufficio,* cit., p. 3*;* ROMANO, *Frammenti,* voce cit., *passim.*

Gl'individui fisici agenti costituirebbero nel loro insieme l'elemento attivo dell'ente in un senso non chiaramente precisato ma in ogni caso totalmente o parzialmente *extragiuridico*[258]. Per le teorie estreme dell'a organismo sociale» si tratterebbe d'un elemento pregiuridico, cioè materiale. Per le teorie intermedie, come quella del nostro Romano, si tratterebbe .di un *quid* «creato» dal diritto «componendo insieme e ordinando» degli elementi materiali e ideali e in primo luogo degl'individui: di una specie di commistione di elementi normativi e materiali costituenti nell'insieme una «realtà giuridica». In ogni caso, l'attività posta in essere dagli organi così intesi (persone fisiche componenti l'organizzazione reale) sarebbe attività dell'ente medesimo, se non in senso fisico-psichico umano, almeno in senso materiale o giuridico-materiale[259]. Per entrambe le tendenze ricordate il fenomeno differirebbe quindi nettamente dalla rappresentanza (dove il soggetto principale non agisce, ma solo subisce o si avvantaggia delle conseguenze del fatto altrui)[260], La personalità dell'individuo organo, pur sussistendo intatta ad altri effetti, sarebbe assorbita in quella dell'ente almeno agli effetti dell'attività del secondo[261] al punto che potrebb'essere «organo» della persona giuridica

---

[258] È questo un punto cosi poco limpido nelle teorie in esame che non è facile riferirne il contenuto.

[259] Secondo il GIERKE, *Deut. Privatrecht,* I, 1895, p. 472 ss.: «Die Verbandperson ist auch handlungsfähig. Sie ist kein todtes Begriffsding, das der Vertretung durch andere Personen bedarf, sondern ein lebendiges *Wesen das als solches will und handelt*» (corsivi miei). Per il concetto di organizzazione, v. la stessa *Op.,* p. 496 ss. e l'esposizione della teoria in *Die Genossenschaftstheorie* cit., p. 624 ss. Conformemente a questa teoria la persona giuridica agirebbe materialmente in modo giuridicamente rilevante. Essa «kommt in den Lebensaktionen ihrer Organe, z. B, in dem Beschluss einer Versammlung oder in der Ausführung eines Vorstandes, *glich unmittelbar zur Erscheinung. wie die Einzelperson in der Rede des Mundes* oder der *Bewegung der Hand*» (prima *Op. cit*., p. 472). Il ROMANO, invece, definisce l'organo come un elemento dell'ente, cioè c un individuo che venga in questo incardinato, in modo che la volontà e l'azione sua possano considerarsi come volontà e azione dell'ente: e.gli non vuole e agisce per l'ente, in vece e per conto dell'ente, ma... fa volere e agire l'ente, apprestando a questo qualità fisiche e psichiche che l'ente altrimenti non possiederebbe, ma che così vengono a costituire qualità anche di quest'ultimo, conferendogli una capacità che per gli individui e, prima che giuridica, naturale, mentre per l'ente è meramente giuridica. E non si tratta di una finzione o di una astrazione, tanto meno d'una semplice immaginazione: si tratta di una realtà, resa possibile dalla effettiva struttura dell'ente» (*Frammenti* cit., voce cit., p. 154-55). Si tratterebbe cioè di un misto giuridico-reale corrispondente al concetto di «realtà giuridica» sopra ricordato (nota 84, p. 84 s.), ed al quale il Romano stesso rinvia esplicitamente quando qualifica il rapporto organico come una «sottilissima realtà giuridica» (v. dell'*Op. cit*., anche la p. 159).

[260] GIERKE, *Deutsches Privatrecht,* cit., 1. cit.: «Die "Vertretung" die hierbei stattfindet, ist keine Stellvertretung des Einen für den Anderen, sondern Darstellung des Ganzen durch den Teil» (e cfr. JELLINEK, *Sistema dei dir. pubbl. sogg.* cit., p. 32 ss.3. La contrapposizione fra organicità e rappresentanza è vivacemente descritta dal ROMANO in *Frammenti* cit., voce cit., p. 167: «il rappresentato e il rappresentante non possono matematicamente essere indicati che con un numero plurale, che non è mai più piccolo del numero due e viceversa può essere maggiore. L'organo, invece, e l'ente cui esso appartiene sono da indicarsi col numero uno». «Di fronte ai terzi, rappresentante e rappresentato restano distinti, perché il primo agisce in nome e in vece del rappresentato, ma gli atti che così compie restano suoi e solo i loro effetti attivi e passivi ricadono sul secondo. Al contrario, i terzi che vengono in contatto con l'organo si trovano di fronte immediatamente all'ente stesso, non ad un suo *alter ego.* Non solo gli effetti dell'attività dell'organo, ma tutta la sua attività è *giuridicamente* attività dell'ente...». Del ROMANO v anche il *Corso di dir. costituz.,* cit., p. 108-109.

Funzionerebbe, a quanto sembra, qualcosa di simile all'«imputazione giuridica» di cui si è discorso. A conclusione del passo riportato nella nota prec. osserva infatti il ROMANO che c chi disconosce questa possibilità [cioè il fatto che le capacità e i fatti dell'individuo vengano a costituire *giuridicamente* fatti e qualità dell'ente] mostra di non rendersi conto di ciò che il diritto può realizzare, con dei risultati che sono veramente mirabili; uno di questi risultati che segna un progresso notevolissimo è dato per l'appunto dalla figura dell'organo». Per noi non è «mirabile» che il diritto imputi eventualmente ad un soggetto *A* le conseguenze giuridiche dell'attività d'un altro soggetto *B.*

[261] Così GIERKE, *Genossenschaftstheorie* cit., p. 24 ss., 707 ss.; DONATI, *La persona reale,* cit., p. 14 ss. dell'estr.; ROMANO, *Op. cit.,* nota precedente; BALDONI, *Gli organi,* cit., p. 359

anche un incapace o un individuo privo della soggettività, come lo schiavo[262].

Poiché la critica delle teorie organiche radicali si può considerare sostanzialmente un fatto compiuto, si tratta solo di discernere gli argomenti decisivi scartando quelli inefficaci o controproducenti[263].

Allo stesso modo come la smentita alle teorie dell'ente reale non viene dal fatto che una unità sociale sottostante non esiste o non possa esistere, la smentita alla teoria degli organi non viene dall'impossibilità di concepire un'attività dell'ente collettivo o reale; né essa viene dal fatto che sarebbe altrimenti impossibile che gli individui agenti fossero soggetti per proprio conto.

Innanzi tutto, come s'è visto, un'«ente reale» sottostante il più delle volte esiste effettivamente[264]. In secondo luogo la rilevanza giuridica dell'attività materialmente combinata di più d'un individuo si trova realizzata negli ordinamenti interindividuali in quella figura d'interposizione di persona che è il *nuncius*, e non si può escludere in teoria ch'essa si verifichi su più vasta scala, nel modo che ora vedremo[265], per le persone giuridiche[266]. Quanto all'idea che l'esistenza di un rapporto organico tra il funzionario e l'ente sarebbe incompatibile con la personalità distinta degli individui agenti[267], essa va oltre il segno. In sé e per sé la personalità generale del funzionario distinta da quella dell'ente morale non impedirebbe in teoria che il diritto, assunto ad ente soggetto un gruppo, valutasse determinati fatti posti in essere dal gruppo come tale - distintamente dai fatti posti in essere dai singoli nel loro commercio giuridico interindividuale - come fatti giuridicamente rilevanti a determinati effetti. Fatti che essendo il gruppo elevato a soggetto come tale (cioè nella sua solidarietà ed organizzazione effettiva), assumerebbero. i caratteri che distinguono gli atti dai fatti giuridici in senso lato *senza assumere*, per la loro irrilevanza come tali, la qualità di atti giuridicamente rilevanti

---

[262] V. BAIDONI, *Gli organi*, cit., l. cit.; ROMANO, *Frammenti*, cit., p. 155.

[263] Per la critica in vario senso delle teorie organiche originarie v. in generale SCHLOSSMANN, *Organ und Stelvertreter* negli *Jherings Jahrbüscher*, XLIV (II Folge, vol. 8), 1902, p. 292 ss., 314; BLOCH, *Uber Organschaft und die rechtliche Stellung der sogenannten Verbandsorgane*, Affoltern, Weiss, 1904, spec. p. 52 ss.; FERRINI, *Manuale di Pandette*, Milano, 1900, p. 105; ROCCO Art., *La responsabilità dello Stato nel dir. process. pen., nel dir. process. pen*., LX (1904), p. 80 ss.; HÖLDER, *Natürliche und juristische Personen* cit., p. 334 ss.; ARANGIO-RUIZ, G (*senior*), *Intorno alla rappr. nel dir. pubbl.*, negli *Studi per Fadda*, Napoli, 1906; e *Istituzioni di dir. costituz. it.*, 1913, p. 261 ss.; KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., p. 693 ss., spec. 706; FERRARA, *Persone giuridiche*, 1911, § 93 ss.; 1938, p. 87, n. 1; e I *c. d. organi* cit., nella *Riv. dir. pubbl.*, 1911, p. 57 ss.; MARINONI, *La responsabilità*, cit., p. 40 ss.; SALVIOLI, G., *Studi sui caratteri dell'ordinam. internaz.*, nella *Rivista* cit., 1921-22, spec 41 ss.; e *La Corte Permanente di giustizia internazionale*, nella stessa *Riv.*, 1923, p. 31; MICHELI, *La teoria degli organi nel dir. pubbl.*, nella *Riv. di dir. pubbl.*, 1923, I, p. 361 ss.; PRESUTTI, *Istituzioni di dir. amministr. it.*, I, 1931, p. 504 ss.; COVIELLO, *Manuale di dir. civ., it.* cit., p. 221-24. La parola «organo» non compare quasi mai nelle opere inglesi ed americane sulle corporazioni e le società commerciali. Si parla solo di «Agency» e di «Agents», termini equivalenti a quelli della rappresentanza. V. p. es., fra gli A. cit. *supra*, nota 8, p. 49, PALMER, *Op. cit.*, p. 60 ss., 163 e *passim*.

[264] Verrebbe fatta salva, in ultima analisi, quella condizione che il PREUSS, *Stellvertretung* cit., p. 430 ss., considerava indispensabile per la qualifica degli agenti delle persone giuridiche come «organim».

[265] V qui di seguito.

[266] È quindi a nostro avviso da respingere l'atteggiamento di quegli autori (FERRINI, C., *Manuale di Pandette*, Milano, 1900, p. 105; MARINONI, *La responsabilità*, cit., p. 41) che sembrano escludere ogni possibilità di unità di azione giuridicamente rilevante da parte dei gruppi.

[267] L'obbiezione è mossa dai teorici della rappresentanza e da quelli dell'ufficio. V. SCHLOSSMANN, *Organ und Stellvertreter*, cit., p. 300 ss., spec. 301; MARINONI, *La rappresentanza*, cit., p. 42 ss. e 39 ss. in nota; ESPOSITO, *Organo, ufficio*, ecc. cit., p. 14-15; BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, cit., p. 25. Altri riferim. in ESPOSITO, *Op. cit*., p. 15.

d'individui e restando quindi esclusivamente dell'ente collettivo. L'incompatibilità di questa costruzione con la personalità dei singoli sussisterebbe solo nell'ipotesi che si considerassero gl'individui assorbiti nell'ente in modo così integrale che essi non fossero più in grado di.svolgere un'attività giuridicamente rilevante propria[268].

Ma questa ipotesi estrema, che vedremo realizzata nel diritto internazionale[269], non è teoricamente indispensabile per configurare una attività materiale del gruppo come attività giuridicamente rilevante distinta da quella dei singoli, né essa è ritenuta tale dagli organicisti. L'argomento decisivo specifico, invece, è costituito dalla *giuridicità* dell'organizzazione dell'ente intesa come attribuzione di funzioni, poteri e competenze ad individui, e dal fatto che la intestazione formale all'ente degli effetti dell'attività degli agenti ha luogo sulla base del presupposto *giuridico* costituito dalla qualità di agente e dalla competenza. Che ciò presupponga, poi, il carattere interindividuale dell'ordinamento e la soggettività di base degli individui è un'altra questione[270].

V'i sono, come s'è visto, dei casi d'interposizione di persona nei quali il presupposto del riferimento di conseguenze giuridiche a un soggetto *A* è costituito non già da un rapporto giuridico fra *A* e l'agente *B*, ma essenzialmente da un qualche elemento di fatto che collega *A* con *B* e quindi lo stesso *A* con il fatto di *B*. Sicché il fatto giuridicamente rilevante è in ultima analisi di .*A* e non di *B*[271]. Nulla impedirebbe di ritenere, quindi, che una volta che l'ordinamento assumesse a soggetto l'ente *A-B-C-D* - cioè una collettività - L'attività combinata o solidale svolta da *A, B, C* e *D*, costituisse attività giuridicamente rilevante dell'ente. Non è questo però il caso della persona giuridica. L'ordinamento nell'ambito del quale essa esiste *organizza degli individui* mediante norme che determinano quali fra questi individui possono agire validamente e in quale ambito. Conseguentemente, quando si deve stabilire se l'atto di un individuo si rifletta o meno sull'ente o produca comunque certi effetti, non si fa capo al rapporto materiale fra l'individuo agente e l'ente e quindi tra l'ente ed il fatto, bensì alla circostanza - condizione *necessaria* e *sufficiente* - dell'esistenza di una qualità giuridica dell'agente e della sua competenza. Requisiti che sono da accertare - a differenza del rapporto fra il soggetto principale e il *nuncius* o fra l'agente ed il responsabile «indiretto» - sulla base delle *norme di organizzazione* dell'ente[272], Quello che è decisivo, in altri termini, non è la circostanza che l'agente si trovi in rapporto di *fatto* con l'ente - ossia faccia parte della sua organizzazione *effettiva* - ma il titolo e la competenza[273].

Il fatto poi che il rapporto fra la persona giuridica ed i suoi agenti sia un rapporto *ad hoc* in considerazione del quale l'attività individuale si ripercuote sull'ente significa

---

[268] A questo pensano, p. es., il MARINONI e l'ESPOSITO, *Op*., II. cit., nota prec.

[269] *Infra*, sez. IV, Cap. seg.

[270] *Supra*. p. 89 s.

[271] Solo in questo senso vale l'argomento testè scartato.

[272] Se non ci fossimo proposti di astenerci dall'argomentare dalla nozione dell'ente conseguita nei paragrafi precedenti. potremmo aggiungere a questo dato *positivo* (giuridicità dei presupposti del riferimento) il dato *negativo* costituito dalla impossibilità di identificare l'ente con la realtà sociale sottostante. Dato dal quale deriva l'impossibilità di concepire un qualsiasi rapporto materiale fra l'ente e l'agente e quindi tra l'ente e il fatto.

[273] È stato giustamente osservato che se non fosse vero che l'organizzazione della persona giuridica costituisce un fenomeno giuridico, se ne dovrebbe logicamente concludere che l'organizzazione stessa rimane come l'organismo dell'individuo fisico, al di fuori del campo d'indagine della scienza giuridica (ESPOSITO, *Organo, ufficio,* ecc. cit., p. 5 ss.).

che l'agente si presenta come un soggetto distinto non solo nel senso generico che egli è persona di fronte ai terzi e ad effetti «esterni», ma nel senso specifico che egli è persona agli effetti statutari e nell'ambito della stessa organizzazione giuridica dell'ente (effetti c.d. «interni»). Il che significa che al pari del rappresentante - quali che possano essere gli elementi differenziali che da questo lo distinguono - l'agente svolge un'attività che è essa stessa giuridicamente rilevante come attività di un soggetto. L'agente, in altri termini, pone in essére *atti* che sono giuridicamente rilevanti di per sé e non per il fatto di essere materialmente collegati ad un ente diverso[274]. Conseguentemente la sua attività è «interna» in senso improprio, non nel senso in cui è «interna» l'attività di un coadiutore materiale d'un soggetto.

Vero è che le dottrine organicistiche asseriscono che l'individuo agente non si presenta come soggetto allorché agisce per conto dell'ente, e a differenza del rappresentante potrebb'essere un incapace o addirittura un individuo privo della soggettività. È facile mostrare, però, che questa affermazione è il frutto d'un vero e proprio capovolgimento della realtà. Lo statuto o la costituzione, che è senza possibilità di dubbio una parte dell'ordinamento statuale o la sua parte principale (Stato), conferisce all'agente funzioni poteri e competenze nei confronti dei soci in genere e di altri agenti. E l'attribuzione di competenze è un *potenziamento,* non una diminuzione della capacità del soggetto. L'individuo agente partecipa più, non meno attivamente del socio alla vita giuridica, così come il socio d'una corporazione partecipa più intensamente alla vita giuridica che non l'individuo estraneo. L'asserzione, poi, che l'individuo agente potrebb'essere incapace o anche non soggetto è il frutto di due grossi equivoci che solo l'idea che si debba configurare ad ogni costo una volontà e attività delle persone giuridiche può aver tenuto in vita[275] Il primo è determinato dalla estensione all'intera organizzazione dell'ente di un rilievo che vale solo per una sua parte. Il secondo è determinato dall'impropria nozione di «capacità».

Per cominciare dal primo, è esatto che l'organizzazione di una persona giuridica - e soprattutto quella delle persone giuridiche più complesse - presenta dei settori in cui si muovono individui la cui attività non assume alcuna rilevanza giuridica diretta, e che si potrebbe quindi essere tentati di considerare parte materialmente integrante «dell'attività dell'ente». A ben guardare, però, questa attività meramente materiale di certi individui fa capo *materialmente* ad attività di *altri individui* che pongono in essere atti giuridicamente rilevanti per la costituzione[276]. È vero cioè che vi sono individui che agiscono in veste di *nuncii* in senso lato nell'ambito dell'organizzazione. Ma essi sono *nuncii* di *agenti qualificati,* non sono *nuncii* dell'ente. Una persona giuridica che «agisca» o «voglia» in modo giuridicamente rilevante, che subisca cioè le conseguenze giuridiche di attività giuridicamente rilevanti mediante l'opera esclusiva d'un *nuncius* non è concepibile, perché il *nuncius* non è in grado di realizzare da solo fattispecie giuridiche

---

[274] Cfr. *infra*, sez. IV, Cap. seg., con il fenomeno dell'attività giuridicamente rilevante degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale.

[275] Che le teorie organiche siano sorte soprattutto perché si ritenne a un certo momento «sconveniente» che lo Stato dovesse agire attraverso rappresentanti è chiaramente affermato, come s'è visto, dal ROMANO, *Frammenti*, cit., p. 160.

[276] V. da ultimo, sostanzia1mente nello stesso senso, ALESSI, *La responsabilità,* cit., p. 142; e *Alcune considerazioni,* cit., p. 216 ss. (salvo il riferimento dell'attività agli uffici ed all'ente).

soggettive. Normalmente si ritiene il contrario perché il *nuncius* è utilizzato da altri agenti in veste di organi-rappresentanti. Ma l'equivoco appare fin troppo evidente sol che si consideri l'ipotesi di un ente morale con un solo «organo» individuale[277]. Se questo non bastasse non si avrebbe che da provare a risalire da *nuncio a nuncio*, una volta che se ne fosse individuato un gruppo nell'organizzazione di una persona giuridica, alla ricerca dell'ente. Prima o poi ci sì troverà di fronte a un agente qualificato come tale e che pone in essere atti giuridicamente rilevanti nell'ambito dell'ordinamento dello Stato o dell'ordinamento derivato da quello dello Stato. Quanto all'asserzione più specifica che negli agenti non si richieda la capacità, i casi sono due. o l'agente opera in funzione meramente materiale, come i *nuncii* di cui si è discorso, ed allora la capacità s'andrà a cercare in un agente diverso, cioè nell'agente al quale l'attività del *nuncio* fa capo. Oppure esso ha conferite delle funzioni dei poteri e delle competenze dallo statuto, ed allora è giuridicamente più capace della media dei membri. La capacità è un'attitudine materiale o acquisita dell'individuo, ma la capacità *giuridica* e la capacità di agire sono fenomeni giuridici dei quali bisogna riconoscere l'esistenza tutte le volte che in un dato ordinamento l'individuo risulti titolare di diritti o doveri o ponga in essere validamente degli atti[278].

Una volta assodato, poi, che l'agente è in rapporto giuridico con l'ente ed è investito dalla costituzione di funzioni e competenze, è inevitabile la conclusione che l'agente ponga in essere per conto dell'ente - tanto per ragionare sempre come se si trattasse d'un *ente* - degli *atti giuridici.* E questo conferma che ci troviamo di fronte a un fenomeno d'interposizione giuridica - posto che d'interposizione s; possa parlare[279] - e non ad un'interposizione materiale di persona. Sono quindi soltanto le conseguenze degli atti degli agenti che eventualmente si riflettono sull'ente, non gli atti stessi. E ciò porta a riavvicinare l'agente della persona giuridica al rappresentante - salve le differenze che vedremo[280], piuttosto che al *nuncius.* L'atto dell'agente può apparire a prima vista assorbito in un apparato più o meno complesso e quindi privo in sé e per sé di valore giuridico. Senonché, a parte il fatto che vi sono casi nei quali tale apparato è altrettanto semplice quanto quello della rappresentanza (persona giuridica ad ufficio unico individuale), il meccanismo che i vari atti mettono in moto è *giuridico*[281] ed i singoli atti degli individui agenti - ad eccezione dell'attività meramente materiale degli ausiliari di cui s'è detto - assumono ciascuno una propria rilevanza giuridica nonostante il fatto che certi effetti non si verifichino che in seguito al compimento di una serie più o meno complessa di atti ulteriori. A questo il noto fenomeno del «procedimento» o della fattispecie continuativa o complessa[282], che non implica affatto un rapporto organico fra gli agenti che concorrono alla realizzazione delle sue varie fasi. Tanto è vero che non lo

---

[277] Che è un caso frequente nelle fondazioni.

[278] Comunque la si voglia costruire, quella del re «minore» non è un'ipotesi da addurre a sostegno della teoria organica. Nella monarchia costituzionale la questione si risolve evidentemente facendo capo agli agenti chiamati ad assumere la responsabilità degli atti della Corona. Se poi il re assoluto è minore, pazzo o altrimenti infermo di mente ma dà ordini ed emana decreti e riesce ad ottenerne l'osservanza, sarà un disastro, ma si dovrà dire che giuridicamente è «più capace» degli altri consociati.

[279] *Infra,* p. 108 ss.

[280] *Infra,* l. cit.

[281] V ancora *infra,* p. 166-8.

[282] Su questi concetti v. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo,* Milano 1940, p. 1 ss.

implica - e che la fattispecie complessa si risolve in atti giuridici d'individui -, che le dottrine organicistiche ammettono in sostanza ch'esso si scinde in certi casi in una pluralità di atti giuridicamente rilevanti di organi pluri-individuali (collegi): e quel che vale per i singoli organi vale evidentemente pei singoli individui che compongono gli organi complessi[283] [284]

19. - Il fatto che le teorie organiche siano in ribasso non impedisce alla dottrina di continuare a professare l'opinione che le persone giuridiche partecipino direttamente al commercio giuridico (produzione di fattispecie giuridiche). Risultato al quale si perviene oggi principalmente per due vie, usate alternativamente o cumulativamente: le teorie dell'*organo ufficio* e la teoria dell'*organizzazione come fatto storico*, integrate entrambe col concetto gia esposto d'imputazione giuridica di fatti.

Il primo gruppo di teorie risale a quel mutamento subito dalla teoria organica che è consistito nell'obbiettivazione dell'«organo» nell'ufficio, obbiettivazione che è effettuata almeno in quattro maniere diverse. Secondo la formulazione più originale e coerente della teoria, l'organo s'identificherebbe con l'ufficio inteso come insieme di funzioni, poteri e competenze di una serie indeterminata di funzionari[285], Che sarebbe la concezione giuridica dell'ufficio e la più lontana, a nostro avviso, dalle teorie organiche. Accanto a questa teoria, poi, se ne pongono tre intermedie rispetto alle teorie organiche. La prima è quella che pur tendendo a «spersonalizzare» l'organo nell'ufficio concepisce quest'ultimo come un *quid* comprendente gli stessi funzionari[286], con la conseguenza che

---

[283] Sul punto avremo occasione di tornare nei numeri seguenti.

[284] *Supra,* p. 122-23, *infra,* p. 151 ss. Il fatto che la dottrina sia inesplicabilmente portata a risolvere in termini di fenomeni materiali quello che in realtà è un fenomeno giuridico più complesso - e quindi più giuridico anziché più materiale - costituisce l'aspetto più strano e caratteristico delle teorie organiche e di tutte le teorie della p. g. come «ente reale».

[285] La teoria ha avuto origine specialmente nella distinzione del LABAND tra l'ufficio ed il funzionario e nella teoria del rapporto di servizio di questo A. (*Das Staatsrecht d. deutschen Reiches,* Tübingen, I, 1876, p. 382 ss.; *Staatsrecht,* nella *Systematische Rechtswiss.* dello Stammler ed altri, 2ª ediz., Lipsia, 1913, p. 367-68; *Deutsches Reichstaatsrecht* cit., p. 100 ss.), nonchè nella monografia del LUKAS, *Die rechtliche Stelling des Parlaments,* 1901, p. 7 ss., 19 ss., ma trova notevole sostegno nella teoria dello JELLINEK, *Sistema,* cit., p. 32 ss., 151 ss.; *Allg. Staatslehre,* ed. it. cit. p. 133 ss. A seguita da vari autori, fra i quali il MICHOUD, *La théorie de la pers. morale*, I, 1924, p. 134; i1 RANELLETTI, *Op. l. cit*., nota seg.; il ROMANO, *Op., l. cit*., nota seg.; il CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giust. amm.,* I, p. 47, che ricadono peraltro nel!a teoria organica in quanto includono nell'ufficio anche la persona del funzionario (ma con concessioni alla teoria della rappresentanza, come quelle del RANELLETTI, *Op. cit*., p. 128). Una concezione conforme alla teoria dell'ufficio come competenza è abbozzata dal FORTI, *Diritto amministrativo,* Parte gen., I, 1931, p. 210 ma sopratutto in Studi *di dir. pubblico,* I, p. 184. Si avvicinano ancora alla teoria il CROSA, *Dir. costituz.,* 1937, p. 149 ss.: lo ZANOBINI, *Corso di dir. amm.,* cit., 1, p. 123-24; il D'ALESSIO, *Istituz. di dir. amm.,* I, p. 208.

Fra i sostenitori della teoria dell'ufficio si trovano autori di tendenze diversissime dal punto di vista della nozione della p. g.: dai finzionisti come il LUKAS, *Op. cit*., p. 7 ss. agli organicisti moderati come il ROMANO e il RANELLETTI.

[286] A questa la concezione del ROMANO, *Principi di dir. amministrativo*, Milano, 1906, § 26, 56, 67 ss.; *Dir. costituz. gen.,* 1946, p. 80, 151 ss.; *Noz. e nat. degli organi costituzionali dello Stato,* cit., p. 27, 44, 69 ss. e *passim.* e sostanzialmente del RANELLETTI, *Gli organi dello Stato,* ecc., nella *Riv. dir. pubbl.,* I, 1909, p. 19 ss., e *Principî di dir. amm.,* I, 1912. p. 170; dello ZANOBINI, *Corso di dir. amm.,* cit., I cit.; e del VITA, C., *Dir. amm.* cit., I, p. 157 ss., con rif. alla Costituz. ital. Lo Zanobini definisce l'ufficio come «un complesso di elementi personali e materiali, concreti e astratti, debitamente fra loro ordinati e diretti al fine dell'attività che deve essere esercitata. Così dell'organo fanno parte le persone fisiche che di volta in volta ne sono titolari, il complesso delle loro competenze, il materiale di ufficio necessario alla loro attività, gli atti e documenti in cui questa si estrinseca». Nell'ambito della teoria dell'ufficio si colloca sostanzialmente anche la concezione del TESAURO, *Corso di dir. costituz.,* Napoli, 1940, p. 82 ss.

finisce per confondersi con le stesse teorie organiche[287], La seconda non concepisce l'ufficio né come insieme di competenze né come insieme di persone, ma come insieme di attività d'individui, raggruppate dal diritto come attività dell'ente[288]. Intermedia, questa, fra la teoria dell'ufficio-competenza e quella dell'ufficio-funzionari. La terza è la teoria dell'ufficio né competenze né funzionari né attività, ma ente astratto soggetto o non soggetto in funzione di punto di riferimento giuridico, se bene intendiamo, degli atti dei funzionari[289],

Non mettendo conto di soffermarsi sulle teorie dell'ufficio-funzionari che non differiscono sostanzialmente dalle teorie organiche, consideriamo brevemente le teorie dell'ufficio-competenza, dell'ufficio attività e dell'ufficio ente astratto, nell'ordine logico. Per la prima faremo riferimento principalmente al Ranelletti. Per le altre due rispettivamente al Balladore Pallieri e all'Esposito.

A) Contro la prima teoria, i cui termini sono noti[290], è stato rilevato giustamente che una volta ridotto l'organo all'ufficio-competenza escludendone le persone dei funzionari, e una volta inteso l'ufficio come parte dell'ente, resta sempre da spiegare in che modo l'ente «voglia» o «agisca» direttamente, o meno indirettamente del rappresentato. La volontà - si è detto - «non può essere concepita che come un fenomeno di natura essenzialmente psicologica, *umana*: è soltanto il funzionario, persona fisica, che *vuole*, non l'*ufficio* astratta sfera di competenza affidata al funzionario»[291]. Si sposta

---

[287] Per questo abbiamo senz'altro incluso il ROMANO fra i teorici organicisti di tendenza moderata (*suspra*, num. prec.). Degli uffici come «unità o *università* di uomini, che attengono ad una determinata funzione, parla anche il CARNELUTTI, *Teoria generale del dir.*, cit., p. 44.

[288] V. spec. BALLADORE PALLIERI, *Dir. costituzionale*, cit., p. 19-24.

[289] ESPOSITO, *Organo, ufficio e soggettività dell'ufficio*, cit.

[290] Mentre la teoria organica originaria aveva contenuto subbiettivo, «in quanto che *organo* dell'ente giuridico» «era considerata la persona fisica del funzionario», «in epoca successiva andò oggettivandosi, in quanto cominciò ad essere riferita essenzialmente, anziché alla persona fisica del funzionario, a quell'astratta sfera di poteri e facoltà che costituisce l'*ufficio* del quale il funzionario è titolare, giungendosi spesso a fare completa astrazione, nel costruire la nozione di organo, dalla persona del funzionario». (Il passo parzialmente riportato è dell'ALESSI, *Alcune considerazioni*, cit., p. 204-205). Applicata al problema della così detta «attività» giuridicamente rilevante delle persone giuridiche, questa configurazione dell'organo mira a superare la difficoltà in cui incorre h teoria organica-soggettiva, in quanto l'ufficio costituirebbe, a differenza della persona del funzionario, *tutt'uno con l'ente stesso.* Al posto del funzionario soggetto di diritto e in rapporto giuridico con l'ente si pone un *quid* non personale e non contrapponibile all'ente. E una volta procedutosi a questa sostituzione non sussisterebbe più nessuna difficoltà a ritenere che attraverso l'organo si manifesti direttamente la volontà dell'ente. L'ente subirebbe così le conseguenze dell'attività *propria* (v. da ult. FODERARO, *Op. cit.*, p. 43). V. in questo senso, fra i tanti, RANELLETTI, *Istituz. di dir. pubb1.* 1931, p. 168 s.; e DONATI D., *Elementi di dir. cosititu*z., Appunti, 1932, p. 75-79.

[291] ALESSI, *Alcune considerazioni*, cit., p. 206 e nello stesso senso ROMANO, *Frammenti*, cit., voce *Organi*, p. 154 s., 156 s. (quest'ultimo a sostegno della dottrina organica tradizionale); ma già FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, 1923, p. 221, 632; DE VAILES, *Teoria giuridica*, cit., I, 1931, p. 97; ESPOSITO, *Organo, ufficio*, ecc. cit., p. 4 ss. Osserva giustamente l'A. che posto pure che l'organo sia 1'ufficio e non la persona fisica, bisogna bene che 1'organo-ufficio desuma la «volontà» da qualche parte: e quindi dal funzionario. Né vale sostenere, come fa il FODERARO (p. 55), che ciò valga soltanto nei casi in cui il funzionario ha diretto contatto con i terzi, come quando conclude contratti per lo Stato (p. 57-58). A parte la contraddizione m cui questa ammissione di un potere di rappresentanza viene a trovarsi con l'affermazione che la volontà del funzionario si pone come manifestazione *diretta* ed *immediata* della volontà dell'ente (ALESSI, *Scr.* cit., p. 207). resta sempre, in ogni caso, il problema del rapporto fra ente e funzionario e la similarità di questo rapporto con quello di rappresentanza (ALESSI *Op. cit*., p. 207-208). Aggiunge il ROMANO, *Op. cit*., p. 157, che la totale identificazione dell'organo con l'ufficio ad esclusione del funzionario diventa problematica nel caso di uffici semplici. L'obbiezione colpisce tuttavia solo le teorie che intendono l'ufficio come istituzione nel senso dello stesso ROMANO, *Op. cit*., p. 165), non la teoria dell'ufficio come competenze o sfera di attribuzioni.

insomma il problema dalla persona dell'agente all'ufficio. Non potendo però l'ufficio agire o volere in modo giuridicamente rilevante, bisognerà sempre far capo all'agente[292]. E poiché l'agente è in rapporto *giuridico* con l'ufficio, resterebbe ferma l'analogia con la rappresentanza e con essa la tesi negativa della partecipazione degli enti morali alla realizzazione di fattispecie giuridiche. Ma a nostro avviso non è tutto qui.

Prima ancora che nel fatto di non rendersi conto della necessità che sempre rimarrebbe di arrivare al funzionario per fare agire l'ufficio (incorrendo così nei rilievi ai quali vanno soggette le teorie organiche radicali), il vizio della teoria dell'ufficio sta nel non tener conto del problema del rapporto fra l'ente e quell'ufficio che essa ne distacca facendone un medio termine fra l'ente e il funzionario.

L'ufficio, secondo i sostenitori della teoria in esame, non sarebbe né il funzionario, né la sede in cui opera, né i mezzi di cui si serve. Esso sarebbe «un gruppo di funzioni o di potestà affidate per l'esplicazione ad una persona fisica»[293]. E l'insieme degli uffici «compongono quella che è la struttura, l'ordinamento costituzionale e amministrativo»[294].

L'ufficio sarebbe dunque una parte dell'ente, e l'«agire» e il «volere» dell'ufficio sarebbero «agire» e «volere dell'ente». Ma se l'ufficio, domandiamo, è un insieme di poteri e di competenze e l'ente è l'insieme degli uffici, che cosa è mai l'ente se non un insieme di poteri e di competenze esso stesso? E che cosa è l'ente così inteso se non l'ordinamento o l'ente giuridico?

Per quanto ci riguarda, insomma, le due definizioni (quella dell'ufficio e quella dell'ente) sono pienamente accettabili con la sola correzione costituita dall'eliminazione dalla seconda del riferimento alla «struttura»[295]. Con questa correzione però[296], la prima definizione quella dell'ufficio - non è altro che la definizione di *una parte* dell'ente inteso nella sua essenza puramente giuridica. E il secondo concetto, corrispondente alla somma degli uffici, non è altro che la definizione di quello che, stando alla concezione descritta nelle sezioni precedenti, è l'ente corrispondente ad ogni persona giuridica in senso tecnico. L'ufficio, dunque, è una parte dell'ente, ovvero, qualora l'ente sia costituito d'un solo ufficio, l'ente medesimo. Ma questo perché l'ente è *giuridico*, non perché è *reale*[297].

---

[292] V. FORTI, *Lezioni di dir. amm.*, I, 1937, p. 176 ss.; ESPOSITO, *Organo, ufficio*, ecc. cit., p. 18.

[293] Cfr. ALESSI, *Alcune considerazioni*, cit., p. 210.

[294] ALESSI, *Scr.* e l. cit.

[295] V. *supra:*, nota 81, p. 83.

[296] Che del resto, se bene intendo il pensiero dell'ALESSI, (*Scr.* e l. cit.), dovrebb'essere l'adeguamento perfetto della seconda proposizione alla prima, che non contiene alcuna allusione alla «struttura».

[297] Teniamo a precisare che questa nozione dell'ufficio come parte dell'ente poggia per noi sulla concezione della p. g. come entità giuridica. In quanto tale, essa non ha nulla a che vedere con quelle concezioni dello Stato secondo le quali la persona corrispondente sarebbe costituita dall'organizzazione o dall'insieme dei funzionari o degli uffici, e dalle quali alcuni internazionalisti prendono le mosse per la nozione degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale. A prescindere dal fatto che è aprioristico identificare senz'altro l'ente soggetto con lo Stato, questa è una concezione che noi scartiamo nel modo più deciso dal punto di vista del diritto interno insieme con tutte le altre concezioni «realistiche» delle quali non è che una variazione. E il motivo principale della netta opposizione in cui ci troviamo nei confronti della concezione dell'ente come organizzazione o insieme di funzionari o di uffici, è che per tale teoria l'ente sarebbe «struttura» ed ordinamento giuridico insieme, mentre per noi è escluso che l'ente possa concepirsi come ordinamento e struttura nello stesso tempo.

L'idea che l'organo sia l'ufficio nel senso d'insieme di competenze e potestà potrebbe essere invece particolarmente feconda proprio nell'ambito d'una concezione della persona giuridica come ente artificiale e puramente giuridico. L'idea di organo, che nelle teorie organiche è utilizzata per richiamare quella d'organismo e in senso

Poste le cose in questi termini, è evidente che l'obbiezione sopra riferita è superata. Innanzi tutto il fatto che l'ufficio s'identifichi con una parte dell'ente esclude l'esistenza d'un termine medio tra l'individuo funzionario e la p.g. che comunque modifichi i dati del problema. L'ufficio sarebbe in sostanza quell'articolazione dell'ente giuridico che viene a contatto con il funzionario. Sicché siamo sempre di fronte al binomio funzionario-ente[298]. In secondo luogo, una volta inteso l'ente soggetto come entità meramente giuridica, non si vede a che serva farlo «volere» ed «agire»[299]. Non resta che da ammettere, dunque, che ad agire è soltanto l'individuo funzionario e che l'ente si limita a subire in certi casi le conseguenze formali del fatto giuridico d'un altro soggetto: che sarebbe (a parte l'inesistenza dell'ente reale) lo schema dell'interposizione giuridica di persona in cui rientra la rappresentanza.

B) *A* rilievi analoghi va soggetta, per quanto ha tratto alla soluzione positiva della questione dell'attività e volontà della persona giuridica, la teoria dell'ufficio dell'Esposito. Teoria che al pari di quella dell'ufficio-competenza torna anzi a sostegno della conclusione negativa che difendiamo.

Come per la teoria considerata, l'organo sarebbe per l'Esposito, a differenza che per le teorie organiche radicali e intermedie, l'ufficio e non la persona del funzionario. L'ufficio, però, non solo non comprenderebbe la persona del funzionario, ma non sarebbe nemmeno funzione o competenza. Si tratterebbe di un ente astratto, provvisto eventualmente della soggettività ed al quale verrebbero riferiti giuridicamente gli atti dei funzionari. L'insieme degli uffici costituirebbe l'organizzazione dello Stato intesa a sua volta come entità (astratta) distinta dalla persona statale unitaria. Di fronte agli uffici starebbero da una parte i funzionari, in rapporto giuridico d'impiego con lo Stato[300], e dall'altro lo Stato stesso come persona morale unitaria. I funzionari agirebbero come soggetti distinti sia dagli uffici sia dall'organizzazione dello Stato sia dallo Stato persona, e la loro attività assumerebbe rilevanza giuridica in una duplice direzione: come attività generale propria della persona e adempimento dei doveri speciali ad essa incombenti, e come attività dell'ufficio, avulsa dall'agente. Vi sarebbero, cioè, atti «riferiti» all'agente

---

extragiuridico, richiama il concetto di parte d'un *sistema.* L'ordinamento giuridico statale è un sistema intricatissimo di attribuzioni, poteri, funzioni, competenze, diritti, doveri e via dicendo, e *in questo senso* si può paragonare - soltanto in quanto intreccio di funzioni, non in quanto ente reale o addirittura antropomorfo - a un organismo: ed ogni «pezzo» di quest'organismo si potrebbe qualificare, sempre in quel senso, come organo. organi dell'ordinamento sarebbero per l'appunto le sue parti: parti di *ordinamento,* però norme, perché l'ente è *giuridico.* In questo senso ritiene giustificata la metafora il FORTI, *Studi di dir. pubbl.,* cit. I, p. 184-85 senza sviluppare, peraltro, le logiche conseguenze di questa opinione; e in questo senso si potrebbe parlare, come fa il VITTA, *Dir. amm*., cit., I, p. 158, dello Stato come insieme di uffici. Il BALLADORE PALLIERI, *Dir. costituzionale* cit., p. 23-25 (che in certi punti ci sembra rimasto organicista per scommessa) esprime in sostanza proprio questo concetto quando parla dell'«ente giuridico composto di organi», respinge l'idea della soggettività dell'organo, e definisce 1'«organo-ufficio» come 1'«unità elementare» dello «Stato» (che ci vuole di più per aderire all'identificazione Stato-diritto?). Egli si contraddice però, a nostro avviso, quando respinge l'idea dell'ufficio come sfera di competenza per identificarla con un «centro di attività» che *ha* una competenza (*Op., cit*., p. 24) e quindi, in sostanza, con l'elemento giuridico più quello extragiuridico. Ma su ciò *infra, sub B.*

[298] Sostanzialmente in questo senso FERRARA, I *c. d. organi* cit., p. 61.

[299] Insomma, le teorie organiche e dell'ufficio-funzionario vedono l'organo in un *quid* extragiuridico materialmente collegato all'ente o in un *quid* «reale-giuridico» nel senso del Romano. È almeno logico, quindi, ch'esse parlino di attività e volontà dell'ente. Ma le teorie dell'ufficio-competenza risolvono l'ufficio (e quindi l'ente stesso) in qualcosa di giuridico. Parlare di attività e volontà dell'ente è dunque incoerente.

[300] *Op. cit*., p. 23.

stesso e atti «riferiti» all'ufficio[301]e per ogni atto il riferimento all'uno escluderebbe il riferimento all'altro. L'attività riferita all'ufficio, poi, a sua volta, potrà restare attività dell'ufficio o essere «riferita » ad uffici più ampi o eventualmente alla persona unitaria dello Stato.

Con questo dovrebbero essere superate le difficoltà tanto della teoria del funzionario-organo che della teoria del funzionario-rappresentante. Rispetto alla prima, si eviterebbe l'assorbimento della persona del funzionario nell'organo. Rispetto alla seconda si eviterebbe la difficoltà costituita dal fatto che il rappresentante viene in contatto con i terzi: l'ufficio, infatti, «agirebbe» - grazie al «riferimento» di certi atti dei funzionari - solo «all'interno» dell'organizzazione dello Stato[302]. Rispetto ad entrambe le teorie la costruzione descritta presenterebbe il vantaggio che l'atto non verrebbe riferito al funzionario e all'ufficio, ma all'uno o all'altro soltanto a seconda del caso[303]. La distinzione, poi, fra l'organizzazione dello Stato come insieme degli uffici e la persona unitaria dello Stato consentirebbe di risolvere in modo soddisfacente il problema del rapporto fra l'attività degli organi (o uffici) e l'attività dello Stato. Se gli uffici fossero parte dello Stato, lo Stato dovrebbe «agire» tutte le volte che a agiscono » degli uffici. La distinzione consentirebbe invece di concepire un'«attività» giuridicamente rilevante degli uffici non «riferita» allo Stato[304].

Quale che sia il valore di questa costruzione dal punto di vista interno della teoria dell'ufficio e dell'organo, essa va soggetta dal nostro punto di vista agli stessi rilievi mossi alla teoria dell'ufficio-competenza. In linea generalissima quello che vale per uno Stato inteso come insieme di uffici-competenze - e quindi come ente giuridico - vale ugualmente per uno Stato inteso come insieme d'uffici-enti astratti, soggetti o non soggetti. Nell'uno come nell'altro caso, se è concepibile che si parli dell'ente come d'un centro d'imputazione strumentale di situazioni soggettive risolventisi in situazioni soggettive d'una serie d'individui determinabili giuridicamente in via indiretta[305], non si comprende perché si dovrebbero concepire come atti unitari dell'ente quelli che sono atti di rati individui investiti di specifici doveri poteri e competenze. Tanto meno si riesce a comprenderlo quando si consideri che l'Esposito, a differenza della maggioranza della dottrina, accentua il carattere giuridico dell'organizzazione dell'ente[306], e nega che si debba senz'altro partire dall'idea che la persona giuridica sia un ente reale[307], Se le cose stanno a questo modo, non c'è ragione di darsi tanta pena per configurare un riferimento di *atti* da funzionari a uffici, da uffici a uffici e da uffici a Stato. Il che non esclude affatto l'utilità di costruire gli uffici come centri di riferimento formali per le norme di organizzazione e per gli atti dei superiori gerarchici che abbiano per destinatari tutti i funzionari che ricoprano determinati posti. Da questo punto di vista appare anzi molto opportuna la configurazione degli uffici o di certi uffici come persone giuridiche. La differenza tra i due fenomeni sta nel fatto che nel momento in cui si conferisce una

---

[301] *Op. cit*., p. 23-24.
[302] *Op. cit*., p. 22 ss.
[303] *Op. cit*., p. 24
[304] *Op. cit*., spec. p. 45-72.
[305] Cioè da11e norme «interne» di organizzazione anziché dalle stesse norme che si rivolgono all'ente astratto.
[306] *Op. cit*., p. 7 ss.
[307] *Op. cit*., p. 5 ss.

funzione o un potere o si dà un ordine ad un ufficio o ad un ente morale non vengono in considerazione diretta le norme che individuano i singoli funzionari titolari o destinatari delle funzioni, dei poteri o dei comandi. I funzionari potranno anche non esistere ancora. Nel momento in cui un atto è stato compiuto nell'ambito dell'ufficio, invece, queste norme vengono in considerazione diretta (anche se non esplicita) perché in tanto gli effetti dell'atto si ripercuotono sull'ufficio e sullo Stato astrattamente considerati, in quanto esistono ed entrano in funzione quelle norme che collegano l'individuo agente all'ufficio e allo Stato[308].

Dal punto di vista specifico, poi, e comunque s'intenda l'ente soggetto, resta sempre il rilievo che una volta escluso - ed a ragione - che l'ufficio s'identifichi o si fonda con il funzionario, bisogna farlo «agire». E una volta che abbia «agito» l'ufficio, bisogna far agire lo Stato. Passaggi tutti che implicano sempre quell'«operazione» di «imputazione giuridica di fatti» della quale si è rilevata l'artificiosità e l'inutilità formale e l'equivalenza sostanziale - ente a parte - con i fenomeni d'«interposizione» giuridica. La sola differenza che la teoria in esame dunque presenta rispetto a quella dell'ufficio competenza e in sostanza la possibilità ch'essa ammette che l'ufficio sia esso stesso un centro d'imputazione. Ma questo elemento, dell'utilità pratica del quale non dubitiamo[309],.viene a sottolineare proprio quella estraneità di un ente rispetto all'altro (funzionario rispetto all'ufficio, ufficio rispetto all'altro ufficio, ufficio rispetto allo Stato) che i teorici organicisti tendono invece ad evitare allo scopo di far salva la caratterizzazione del fenomeno rispetto alla rappresentanza. Il funzionario sarebbe persona *giuridicamente* interposta rispetto all'ufficio; certi uffici sarebbero interposti rispetto ad altri; e altri uffici sarebbero interposti rispetto allo Stato. Ma allora che ragione c'è di riferire l'atto all'ufficio piuttosto che al funzionario, o allo Stato piuttosto che all'ufficio? E perché non dovrebbe avvenire la stessa cosa nella rappresentanza? La differenza, secondo l'Esposito, starebbe nel fatto che il rappresentante agisce verso i terzi e l'organo-ufficio no. Ma la differenza è una finzione nostra, che nel primo caso parliamo di riferimento di effetti e nel secondo di riferimento di atti, non una realtà[310].

Tanto più evidente appare la finzione, poi, quanto più si accentua, come a ragione fa l'Esposito[311], la giuridicità dei rapporti «interni» all'organizzazione statale. Di rapporti «interni» all'ente possono ben parlare gli organicisti che tendono ad escludere o limitare la giuridicità del fenomeno. Ma una volta riconosciuto che si tratta di rapporti giuridici, è contraddittorio qualificarli come a interni ». A maggior ragione, poi, se si riconosce la soggettività degli uffici[312].

---

[308] Per la differenza fra i due fenomeni v. ad ogni modo *supra,* p. 131 ss., quanto si è detto in tema d'imputazione di fatti e imputazione di «effetti» giuridici.

[309] V. anche FODERARO, *Op. cit.*, spec. p. 175; CRISAFULLI, *Alcune considerazioni,* cit.

[310] Contro la distinzione da questo punto di vista (fra gli autori cit. *supra,* nota 190, p. 139), v. spec. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre,* cit., p. 311 ss. e *General Theory* cit., p. 107 ss.; SALVIOLI, *Studi,* cit., p. 41-40.

[311] V. anche FODERARO, *Op. cit.,* p. 169 ss. e i riferimenti ivi.

[312] Una volta riconosciuto che l'ufficio può essere persona giuridica distinta dallo Stato - e quanto si è dette non è di ostacolo a questa configurazione - non sussiste proprio alcuna differenza fra il rapporto ufficio-ufficio o ufficio-Stato e il rapporto fra lo Stato e una persona giuridica: rapporto che l'Esposito stesso, pur insistendo sulla differenziazione, ha efficacemente lumeggiato nel suo scritto cit. su *La rappresentanza istituzionale.* La differenza, come ha rilevato lo JEMOLO, *Organi dello Stato e persone giuridiche pubbliche,* ne *Lo Stato,* 1931, p. 329 ss., spec. 341 ss., sta solo nell'estensione del controllo centrale sull'attività dell'ente e la nomina dei suoi funzionari.

Venendo all'intento at quale la teoria in esame dichiaratamente s'ispira - di consentire la spiegazione di questi rapporti nei loro termini *giuridici* e di tener distinta l'«attività» degli «organi» da quella dello Stato - , esso in parte non ha ragion d'essere e in parte si consegue altrettanto bene - anzi meglio - ponendo al posto degli uffici (persone o non persone) i singoli agenti e al posto dell'attività dei primi quella dei secondi. Il problema non ha ragion d'essere come problema della distinzione dell'attività degli organi da quella dello Stato, perché non c'è motivo che imponga di ritenere che lo Stato sia un ente reale *Supra*, nota 235.[313]. Esso ha ragion d'essere, invece, come problema della distinzione fra le attività giuridicamente rilevanti di certi funzionari o gruppi di funzionari e attività di altri funzionari, e tra gli effetti giuridici che ciascun atto o gruppo di atti determina. Si è già ricordata la ormai comune nozione di procedimento e di fattispecie continuativa o complessa. Quando si abbia presente tale nozione, nulla vieta di pensare che i fatti posti in essere dai funzionari vengano presi in considerazione dall'ordinamento *singolarmente* o per *gruppi più o meno complessi*: e che i fatti o gruppi di fatti che vengono presi in considerazione dall'ordinamento a certi effetti vengano poi presi m considerazione dallo stesso ordinamento *insieme con altri* fatti ad effetti ulteriori. Nulla vieta altresì che gli effetti di questi fatti o gruppi di fatti vengano a far capo agli stessi o ad altri agenti, ai soci oppure a centri artificiali d'imputazione che servano da punti di riferimento formati di situazioni facenti capo ai funzionari che compongono o comporranno un determinato «ufficio»: a centri artificiali d'imputazione intermedi, cioè, e via via a centri più complessi, fino al centro d'imputazione più complesso che è lo Stato. E nulla vieta infine di spiegare tale fenomeno, oltre che in termini di rapporti tra funzionari, in termini di rapporti tra uffici, purché resti fermo che quelli che agiscono sono i funzionari. Ciò può essere essenziale appunto in considerazione della permanenza delle funzioni, competenze e poteri nonostante l'avvicendarsi dei funzionari ai vari «posti». Ma non si vede proprio la ragione per cui si dovrebbe aggiungere a questa figura anche la finzione - perché solo di una finzione può trattarsi - che abbia agito l'ufficio o lo Stato.

Quanto alla giuridicità dei rapporti «interni» all'amministrazione statuale[314], giuridicità che ben a ragione ci si preoccupa di tener ferma, a parte il fatto che il modo migliore di farla salva e quello di rinunciare a descrivere fenomeni giuridici in termini che sono la negazione del diritto[315], è evidente che valga per i rapporti fra i funzionari almeno quel che vale secondo l'Esposito per i rapporti fra gli uffici: che cioè si tratti di rapporti fra enti distinti, i cui poteri, competenze, funzioni e doveri (reciproci oltre che verso i cittadini) sono conferiti e delimitati dall'ordinamento giuridico anche nei confronti di altri agenti. Con l'ovvia differenza in meglio - dal punto di vista del rispetto della giuridicità «interna» dell'organizzazione statale - che mentre secondo la dottrina in esame - al pari delle dottrine organiche - restano in ombra i rapporti interni d'ufficio e i regolamenti interni degli uffici collegiali, la riduzione dei rapporti tra uffici a rapporti tra

---

[313] *Supra*, nota 235.

[314] Sulla quale ROMANO, *Corso di dir. amm.*, 1930, p. 102, e *Ordinamento giur.* cit., p. 80; PRESUTTI, *Istituizioni* cit., p. 12 ss., 46, spec. 451 ss.; VITTA, *Gli atti collegiali*, Roma, 1920, e *Dir. amm.*, cit., I, p. 157 ss.; DE VALLES, *Teoria giur. dell'org. dello Stato* cit., I, p. 135 ss.; FODERO, *Contributo* cit., p. 123 ss.

[315] Il che è ben riconosciuto dall'ESPOSITO, *Op. cit.*, p. 57.

funzionari - con l'eccezione che si è detto - elimina quella pur sommessa svalutazione alla quale questi rapporti e regolamenti vanno soggetti nell'ambito della teoria stessa[316], nonostante la pacifica ammissione della loro giuridicità da parte della dottrina[317].

C) Considerazioni in parte diverse da quelle svolte sulle teorie discusse c'impediscono di accettare la nuova formulazione della teoria dell'ufficio proposta recentemente per lo Stato dal Balladore Pallieri. Ed anche in questo caso e lo stesso autore della teoria - più vicino degli altri al pari dell'Esposito ad una concezione giuridica dello Stato[318] - che fornisce ulteriori argomenti contro la conservazione del concetto di organo[319].

Rilevato come il con.etto di rappresentanza non varrebbe a spiegare né il riferimento allo Stato delle conseguenze di atti posti in essere da certi «organi» (minore età del monarca) né il fenomeno degli organi collegiali o complessi, ma rilevato soprattutto che l'accoglimento della teoria della rappresentanza porterebbe alla conclusione a suo avviso inaccettabile che «le persone giuridiche sarebbero nell'assoluta impossibilità di volere e di agire» e «non vi sarebbe mai in nessuna ipotesi un atto di volontà dello Stato»[320], il Balladore Pallieri afferma che la debolezza della teoria organica dominante deriva dal modo come essa è impostata dai suoi sostenitori più che da una sua insufficienza intrinseca. E il suo vizio principale starebbe precisamente nel fatto che nelle formulazioni correnti della teoria non si riesce a conciliare l'immediato riferimento allo Stato dell'attività stessa degli «organi» con l'esistenza d'un rapporto giuridico tra funzionari e Stato e comunque con la soggettività dei primi. La teoria corrente - osserva l'A. citato unendosi ai teorici dell'ufficio -, identificando l'«organo» con il funzionario, si trova nell'impossibilità di costruire un vero rapporto organico perché tale rapporto implicherebbe l'assorbimento della personalità dell'agente in quella del soggetto principale, e i funzionari sono invece chiaramente dei soggetti distinti dalla persona giuridica e in evidente rapporto giuridico con questa. Che è una delle ragioni per cui noi respingiamo ogni costruzione organicistica dello Stato e della sua «attività».

Questa difficoltà sarebbe tuttavia superata, secondo il Balladore Pallieri, identificando l'ufficio con le *attività individuali spersonalizzate* esso vengono raggruppate anziché con gl'individui stessi. L'organo sarebbe l'ufficio. E l'ufficio non s'identificherebbe né on gl'individui preposti né con l'insieme delle competenze o potestà di costoro né con un ente astratto[321], bensì con un insieme di attività individuali *avulse* dalla personalità dei singoli e raggruppate come tali. Al pari dell'ufficio-competenza, l'ufficio così inteso sarebbe l'unità elementare della persona giuridica Stato[322].

---

[316] *Op. cit*., p. 63. Sulla giuridicità dei rapporti interni agli organi collegiali v. del VITTA, oltre alla monografia cit. testè, *Dir. amm.* cit., I, p. 162 ss.

[317] *Op. cit*., p. 59 ss. e i riferimenti ivi.

[318] *Supra*. nota 150, p. 120.

[319] Per quanto 1a sua concezione dello Stato (nota prec.) sembri più vicina alle teorie giuridiche, la teoria dell'ufficio del Balladore Pallieri si avvicina alle teorie organiche più; di quella considerata ne1 num. prec. Malgrado 1a «personalizzazione» dell'ufficio nelle attività, essa rimane più vicina alle teorie dell'ufficio funzionario che a quelle dell'ufficio competenza. Di una concezione analoga si trovano spunti in vari autori. V. spec. RANELLETTI, *Istituz*. cit., p. 168; e DONATI, *Elementi di dir. costituz.* cit., p. 76.

[320] *Op. cit*., p. 21-22.

[321] Che sarebbe la teoria dell'Esposito.

[322] *Dir. costituz.* cit., p. 23.

Contro questa costruzione vale soprattutto il rilievo - già mosso alle altre teorie dell'ufficio in quanto intese a giustificare un'attività *propria* della persona giuridica - che essa sposta tutt'al più il problema del rapporto giuridico fra l'ente e l'agente senza riuscire ad eliminarlo. Al confronto con le teorie organiche originarie essa ha il pregio di spersonalizzare, grazie alla nozione d'ufficio, il rapporto fra l agente e la p.g. E rispetto alla teoria dell'ufficio come insieme di competenze essa presenta il vantaggio di evitare la facile obbiezione che, poiché un insieme di competenze e potestà non è in sé idoneo a porre in essere azioni o «volizioni», è inevitabile si arrivi a un certo punto agl'individui agenti ed al rapporto che li lega allo Stato-persona. Rapporto che è anzi proprio l'ufficio, la competenza. questo duplice superamento è dovuto al fatto che la nozione dell'ufficio come «raggruppamento di attività» da un lato «spersonalizza» l'organo, dall'altro lo fornisce di quegli elementi - le volontà e attività individuali spersonalizzate - senza le quali resterebbe una cosa inerte. Non è difficile rendersi conto. però, che il superamento è solo apparente. In realtà anche qui agli individui funzionari bisogna *arrivarci* ugualmente. E una volta arrivati agli individui agenti si ricade in pieno nelle obbiezioni alle teorie organiche radicali.

Dato e non concesso che l'ufficio in quanto raggruppamento di attività - cioè in quanto entità extragiuridica - possa costituire l'unità elementare dello Stato[323], e che per conseguenza una volta che abbia «voluto» e «agito» l'ufficio abbia voluto e agito lo Stato, la teoria in esame non spiega in sostanza il rapporto tra ufficio e agenti in modo tale da escludere l'esistenza fra questi due termini - e quindi fra agente e Stato - di quel rapporto giuridico che costituisce il *punctum pruriens* di ogni teoria organicistica. Le attività che si raggruppano nei vari uffici dello Stato o della persona giuridica e che attraverso questo raggruppamento dovrebbero venire a costituire attività dello Stato, non sono le attività materiali di *qualunque* individuo che si trovi in *fatto* collegato con l'ufficio, ma sono *attività* di individui.qualificati. E la qualificazione degli individui o delle loro attività è opera di norme giuridiche. Vero è ché secondo l'A. citato «non vi è nessuna norma dello Stato con la quale questo dichiari suo organo l'uno o l'altro determinato individuo, e non ci sono in genere norme di questo tipo per nessuna persona giuridica»[324]. Ma questo può essere vero nel senso che lo Stato considera propri organi gli uffici nella loro continuità storica piuttosto che gl'individui che vi si avvicendano, non può essere vero per le «attività determinate». Se fosse altrimenti, non si vede come le attività andrebbero «determinate» e riferite o raggruppate nell'ufficio, né dove starebbe quella rilevanza giuridica dell'organizzazione statuale che il Balladore Pallieri tiene ben chiaramente ferma. Se l'ufficio è un fatto - un insieme di attività individuali -, se come tale esso costituisce l'unità elementare dello Stato, e se infine il rapporto tra ufficio e funzionario non è un rapporto giuridico, non si vede cosa ci starebbero a fare le norme di organizzazione. Se d'altra parte una determinazione delle attività e effettuata dall'ordinamento - se vi sono cioè delle norme che attribuiscono rilevanza ad attività individuali - e evidente che questa determinazione non può aver luogo se non mediante l'attribuzione di effetti giuridici ai fatti individuali o la designazione di sfere individuali di competenza. E la designazione di sfere individuali di competenza significa

[323] *Infra*, qui di seguito.
[324] *Op. cit*., p. 27.

attribuzione ad individui di poteri, potestà, funzioni giuridiche, che significano a loro volta personalità e capacità giuridica (pubblica) degli individui stessi. Resta fermo per conseguenza che il collegamento fra le azioni individuali e l'ente è un collegamento giuridico e non materiale, e che l'ente non «agisce» né «vuole» ma subisce eventualmente le conseguenze di atti giuridicamente rilevanti di soggetti diversi, come in ogni altro caso di interposizione giuridica di persona. E vedremo che le differenze che certamente vi sono tra il fenomeno in questione e la rappresentanza[325] depongono tutte nel senso di una più intensa giuridicità dei fenomeni nel nostro caso[326] [327].

In secondo luogo, la teoria in esame è in netto contrasto da due punti di vista con la nozione generale dello Stato e della persona giuridica che l'A professa, e nella quale troviamo un autorevole appoggio alla concezione che sosteniamo. Innanzi tutto non si comprende come si configuri e quale utilità presenti un riferimento di atti giuridici alla persona giuridica una volta che la s'intenda come «ente giuridico». Ente giuridico significa perlomeno ente incorporeo, cioè ente che non è idoneo per definizione a volere ed agire[328]. Ma se l'ente non è idoneo ad agire e volere, che ragione c'è che il diritto gl'imputi volontà e azioni di altri soggetti o enti quando esso può egualmente riferirgli le conseguenze giuridiche di qualsiasi fatto soggettivo o naturale? In secondo luogo - e questo è un rilievo più specifico - il fatto che l'A. citato costruisca l'ufficio (organo) come un *quid* materiale e lo qualifichi, al pari delle teorie dell'ufficio-competenza, come una parte dell'ente, è in netto contrasto con la concezione giuridica dello Stato che lui stesso ha il merito di valorizzare. Se lo Stato è un : ente giuridico»[329], è contraddittorio definire sua «unità elementare» una massa d'uffici costituiti da attività individuali. O si tratta di un ente giuridico o si tratta di un ente materiale. Ma un ente giuridico composto di unità elementari extragiuridiche è una contraddizione.

Venendo infine ai motivi per i quali la teoria organica andrebbe mantenuta, non si vede né la difficoltà di ammettere che la persona giuridica non «agisce» e non «vuole»

---

[325] Per le quali, a parte gli accenni già fatti. e in corso, *infra*, p. 164 ss.

[326] *Infra*, p. 165-68. Ciò il BALLADORE PALLIERI acutamente rileva, a differenza delle dottrine organicistiche e di quella dell'organizzazione come fatto storico, quando contrappone la maggiore aderenza della rappresentanza fra individui alla realtà naturale alla più intensa e complessa giuridicità dei rapporti che legano gli agenti all'ente morale (*Op. cit*., p. 24) e la natura giuridica dell'ente astratto («ente giuridico») alla natura evidentemente materiale dell'ente corrispondente alla persona fisica (v. il passo rip. alla nota 256, p. seg.). Rilievi contraddetti entrambi, peraltro, dalla nozione. dell'ufficio che 1'A. propone.

[327] Anche rispetto a questa teoria, poi come rispetto a quella dell'ufficio competenza, vien fatto di domandarsi che differenza qualitativa sussista tra l'ufficio come insieme di attività individuali di funzionari, e l'insieme delle attività o il singolo atto d'un comune rappresentante. La distinzione fra organicità e rappresentanza dovrebbe consistere nella differenza fra la spersonalizzazione dell'attività dell'agente nel primo caso (spersonalizzazione che si é visto non sussistere) e il mantenimento del legame fra l'agente e l'atto nel secondo. Proprio non si vede tuttavia che cosa mai impedisca un'analoga spersonalizzazione dell'attività dell'agente-rappresentante. Anche qui si dovrebbe poter dire che quella che si riflette sul soggetto principale è solo una parte dell'attività del rappresentante, escludere che quest'ultimo abbia agito come soggetto, ed «imputare» infine al mandante l'attività del mandatario anziché le conseguenze dei suoi atti.

[328] Dice giustamente il BALLADORE PALLIERI: «*Quando noi pensiamo allo Stato in qualunque dei suoi aspetti* [«noi» *giuristi*, intendiamo, giacché per gli storici e i sociologi è un'altra cosa] *non pensiamo mai ad una realtà di fatto, ma ad un rapporto giuridico,ad una* «*autorità costituita dalla legge*» (*Dir. costituz.* cit., p. 47, corsivo nostro). Una definizione migliore dello Stato dal punto di vista giuridico non sapremmo trovarla, ma la teoria dell'ufficio proposta dallo stesso autore è in contrasto irriducibile con questa definizione. Per parte nostra riteniamo la definizione giuridica dello Stato e respingiamo la teoria dell'ufficio-attività.

[329] *Dir. costituaz.* cit., p. 21 pr., 28, ed il passo riportato nella nota precedente.

mai, né in che senso questa teoria sia indispensabile per spiegare, p. es., l'attività dei collegi, e la riferibilità allo Stato degli atti o delle conseguenze degli atti di un monarca minorenne. Quanto al primo punto, l'essenziale non è che «agisca» o «voglia» o Stato ma che agiscano gli individui ai quali, secondo la costituzione, fanno capo a titolo finale le competenze, i «poteri» e le funzioni pubbliche. L'utilità della personificazione dello Stato resta ferma, come s'è detto, agli effetti dell'eventuale riferimento formale all'«ente astratto» delle situazioni che vengono in essere per l'attività dei funzionari o ai fini della designazione di gruppi di agenti da parte di norme che non li determinino direttamente[330]. Ma ciò non richiede affatto la finzione aggiuntiva di un'attività giuridicamente rilevante dell'ente o di sue parti, che si risolve sempre in attività giuridicamente rilevante d'individui. Per il secondo punto, basta rilevare per il momento che la difficoltà di spiegare l'attività degli organi collegiali sussisterebbe ugualmente, una volta unificati gli individui componenti nei rispettivi collegi, per qualunque gruppo di uffici individuali o collegiali, nonché per quel complesso maggiore di uffici che secondo la stessa teoria in esame sarebbe lo Stato. Se non fosse possibile sciogliere in atti individuali giuridicamente rilevanti la c. d. attività dei collegi, a maggior ragione dovrebbe non essere possibile sciogliere l'attività degli uffici complessi in attività giuridicamente rilevante degli uffici componenti e l'attività dello Stato in attività dei suoi innumerevoli uffici. Con la conseguenza che gli uffici composti e l'ente giuridico massimo agirebbero, com'è stato notato, ogni volta che agisce un ufficio[331] Quanto al caso del monarca minorenne, si è già detto sopra come esso andrebbe risolto[332].

20 - Più semplice e più facilmente criticabile è la teoria del Burckhardt[333] e del Falzea[334], che costruisce un'attività giuridicamente rilevante diretta degli enti morali sulla base d'un concetto tutto particolare dell'organizzazione e delle norme relative. Teoria alla quale fanno adesione alcuni internazionalisti[335].

Secondo la costruzione in parola, la soluzione del «problema della partecipazione attiva delle persone giuridiche alla vita del diritto» presuppone - e questo è senza dubbio esatto - un concetto di «organizzazione»[336], Ma per dirla con l'Autore che più di recente ha esposto in Italia la teoria in questione, l'organizzazione sarebbe un «*elemento di fatto* della fattispecie soggettiva (per.sona giuridica)». Essa si dovrebbe intendere, precisamente, in un duplice senso: *a*) «come complesso di norme astratte miranti ad ordinare la costituzione interna della persona giuridica», .agli effetti della quale le norme stesse rivestirebbero, nei confronti di quelle dell'ordinamento superiore, «il carattere di semplici elementi di fatto, anzi di semplici presupposti », in quanto «le norme statutarie» precederebbero «logicamente il sorgere della persona giuridica» e troverebbero quindi «la loro forza vincolante esclusivamente nella qualificazione da parte dell'ordinamento

---

[330] *Supra*. p. 152.

[331] *Supra*, p. *151*.

[332] *Suprn*, p. 144 in nota.

[333] W. BURCKHARDT, *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft,* 2ª ed. ;Zurigo, 1944, p. 123 (e p. 123 ss. dell'ediz. cit.).

[334] *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici* cit., p. 172 ss.

[335] Certamente lo SPERDUTI, *L'individuo nel dir. internaz.* cit., nota 60 al Cap. II, il quale rinvia ad un prossimo lavoro sull'argomento e cita in senso conforme l'AGO, *Le déit international,* estr. dal *Recueil* cit., p. 49 ss.

[336] FALZEA, *Il soggetto,* cit., p. 172.

giuridico statuale»; *b*) «come organizzazione concreta, cioè come attuazione delle norme astratte di organizzazione»[337]. La conseguenza logica di ciò sarebbe che le persone giuridiche partecipino direttamente alla realizzazione di fattispecie giuridiche: «Con il sistema organizzativo, afferma l'A. cit., viene preordinato il funzionamento della persona giuridica all'interno e nei confronti dei terzi..., e ciò mediante l'attribuzione di competenze... da parte delle norme di organizzazione»... «Funzione fondamentale dell'organizzazione nelle persone giuridiche è il rendere possibile, mediante la predisposizione di organi appositi e mediante il conferimento ad essi di sfere di competenza, *la la manifestazione attiva della personalità degli enti collettivi.* L'organo, secondo le norme di organizzazione, è chiamato ad agire per la persona nei confronti dei terzi, *è il mezzo* che rende possibile alla persona giuridica di essere *titolare di una sfera di fattispecie* oltre che di una sfera di conseguenze giuridiche»[338].

Dopo quanto si è detto in merito alla insostenibilità dell'identificazione della persona giuridica con un *quid* extragiuridico dato. non occorre spendere molte parole per dimostrare l'assurdità dell'identificazione dell'organizzazione della persona giuridica con l'organizzazione in *atto*[339], indipendentemente dalla sua *qualificazione giuridica*. È evidente che le norme di organizzazione della persona giuridica sono norme *giuridiche* nell'ambito dello stesso ordinamento in cui la persona giuridica stessa vive ed opera e corrispondono precisamente ad effetti giuridici derivanti dalla realizzazione della fattispecie costitutiva dell'ente. E il fatto che si tratti di norme *qiuridiche* nell'ambito dello stesso ordinamento dal quale dovrebbe derivare l'imputazione, esclude che i loro dispositivi attinenti alle condizioni alle quali determinati individui possono agire per conto dell'ente entro una determinata sfera oggettiva costituiscano dei meri *presupposti di fatto* della c.d. imputazione. Vale in questo caso quello che vale in ogni altra ipotesi in cui i dispositivi di due o più norme risultino coordinati in modo che il dispositivo dell'una integri quello dell'altra. Dire che l'organizzazione dell'ente è un fatto per le norme dello stesso ordinamento che procedono all'imputazione, è lo stesso che dire che le giuste nozze siano in presupposto di fatto dello *status* di figlio legittimo, e che questo sia a sua volta un presupposto di fatto della successione del figlio nei beni del genitore. Il che significa buttare all'aria la comune nozione dottrinale dell'ordinamento giuridico come sistema di proposizioni normative coordinate e non contraddittorie, e pensare che le norme di organizzazione o le norme sul matrimonio siano poste dal legislatore come fine a sé stesse le une rispetto alle altre, e non facciano invece tutt'uno rispettivamente con le norme che provvedono alla cosiddetta «imputazione giuridica del fatto»[340] e le norme che regolano la filiazione leglttima o la successione. Se l'organizzazione *in atto* appare come l'elemento decisivo è perché *normalmente* essa corrisponde all'organizzazione *legittima.* Ma a parte il fatto che ciò non si verifica sempre - e altrimenti non si vede che cosa ci starebbero a fare le norme di organizzazione - , è *in virtù dell'esistenza delle norme di organizzazione che le conseguenze del fatto vengono a far capo all'ente anziché all'agente.* Alla dottrina in esame questo particolare sfugge,

---

[337] FALZEA, *Op. cit.*, p. 172.
[338] FALZEA, *Op. cit.*, p. 172-173 (i corsivi sono nostri).
[339] *Supra*, p. 80 ss., 111 ss.
[340] *leggi:* riferimento delle conseguenze giuridiche del fatto.

perché essa fa funzionare queila tale «imputazione giuridica», ed attribuisce alle norme che vi provvederebbero lo spostamento di direzione degli effetti dell'atto. Ma è evidente che se così fosse sarebbero *queste* le norme di organizzazione rilevanti, e sarebbe quindi lo stesso che se fossero giuridiche le norme d'organizzazione.

Quanto all'osservazione dell'Autore citato, che lo statuto di una persona giuridica costituisca un mero fatto[341], essa può derivare solo dalla confusione fra lo statuto in quanto manifestazione di volontà del fondatore o dei fondatori dell'ente, cioè in quanto fattispecie del sorgere dell'ente, con lo statuto quale si presenta allorché, realizzata la fattispecie (negozio di fondazione, atto legislativo o costituente), esso diventa effetto giuridico, diritto, al pari delle disposizioni d'una legge o di un contratto. Qualificare lo statuto come fatto da questo punto di vista è lo stesso che dire che è fatto il contenuto del contratto dopo che sia stato assunto dal diritto a fonte di regolamento degli interessi dei contraenti[342].

Non si vede perché, poi, non si dovrebbe dire la stessa cosa del rapporto fra rappresentante e rappresentato. Non sarebbe anche questo un fatto, o meglio un presupposto di fatto? Il rapporto che lega rappresentante a rappresentato sarebbe un rapporto di fatto. Il rappresentante sarebbe uno strumento materiale. E ad agire sarebbe il rappresentato e non il rappresentante. Dove starebbe allora la differenza fra rappresentante e organo, e fra rappresentante e *nuncius*?

Il Falzea sostiene che le norme di organizzazione «rivestono il carattere di semplici elementi di fatto… anzi di semplici presupposti, in quanto le norme statutarie precedono logicamente il sorgere della persona giuridica, e trovano quindi la loro forza vincolante nella qualificazione da parte delle norme dell'ordinamento giuridico statuale»[343]. Ma che forse i presupposti di effetti giuridici sono sempre e soltanto dei fatti? Non si parla, da tutte le parti, di fattispecie semplici e complesse, e non si includono in quest'ultime delle situazioni giuridiche «presupposti»? In che senso allora il rapporto giuridico di rappresentanza non sarebbe un «presupposto» di fatto, o sarebbe un «presupposto» in senso diverso dal rapporto «organico»?

La verità è che la confusione proviene sempre da quel medio termine immaginario dell'*imputazione giuridica del* fatto che si vuole intercalare fra la realizzazione materiale della fattispecie normativa ed il riferimento dei suoi effetti: operazione che troverebbe luogo, come s'è visto, sia per le persone giuridiche che per le persone fisiche e sia nel caso di attività diretta che di rappresentanza. Una volta inventata questa «operazione giuridica», le si attribuisce nel caso normale - attività diretta della persona fisica - una funzione che non ha ragion d'essere perché vi provvede la norma attributiva del diritto o del dovere che deriva dall'atto realizzato; e nel caso della rappresentanza e degli enti

---

[341] V. il punto *a*) del passo del FALZEA sopra riportato.

[342] Le norme statutarie, dice il FALZEA, *Op. cit*., «precedono logicamente» il sorgere della persona giuridica. Ma non si vede che cosa questo significhi, posto che sia esatto porre le cose in simili termini. Quel che importa sapere è se le norme statutarie siano giuridiche o meno. Anche il contenuto di un negozio «precede logicamente» l'esistenza del rapporto giuridico che deriva dal negozio, nel senso che le parti devono ben aver voluto qualche cosa perché si produca una situazione giuridica più o meno conforme ai loro desideri. Ciò non toglie che i1 rapporto corrispondente al contenuto del negozio sia un rapporto g*iuridico.*

[343] *Op. cit*., p. 172. Per la giuridicità delle norme di organizzazione degli «enti col1ettivi» v. FORTI, *Lezioni di dir. amm.,* cit., I, 1937, p. 211-16; PERASSI *Lezioni* cit., I, 1942, p. 115-17; MORELLI, *Nozioni,* cit., p. 203-206.

morali quella deviazione degli effetti giuridici che invece ha luogo in virtù del rapporto giuridico di rappresentanza o di c.d. rappresentanza organica, che è a sua volta effetto della *norma* di *organizzazione.* Con la conseguenza che si crea l'equivoco che anche nel primo caso come nel secondo la direzione sia impressa agli effetti giuridici da un dispositivo *ad hoc,* e che anche nel secondo caso come nel primo questo dispositivo funzioni sulla base di un rapporto materiale tra il soggetto al quale gli effetti son destinati e l'atto. Non ci si avvede che nel primo caso il preteso dispositivo d imputazione non ha nessuna funzione da svolgere in aggiunta a quella svolta dalla norma attributiva del diritto o dovere al soggetto autore dell'atto, mentre nel secondo c'è una funzione da svolgere nella deviazione dell'effetto giuridico dal soggetto autore del fatto a un soggetto diverso. E non ci si avvede che nel secondo caso quel che vale per le persone giuridiche vale anche per la rappresentanza d'una persona fisica.

21. - Il fatto che l'attività degli agenti delle persone giuridiche, considerata rispetto al centro d'imputazione, rientri nel quadro dell'«interposizione» giuridica di persona, e la conclusione negativa già raggiunta in merito all'identificazione della persona giuridica con un ente reale, sono due dati che si confermano a vicenda e convergono nella spiegazione sia del problema dell'essenza della persona giuridica sia di quello della c.d. partecipazione degli enti morali alla vita giuridica. Che gli agenti siano collegati fra loro e con il centro artificiale d'imputazione da un legame meramente giuridico - le funzioni, le competenze i poteri e le norme che li conferiscono - implica l'inesistenza dell'ente reale o la sua non coincidenza con il centro d'imputazione. Che la persona giuridica sia un ente giuridico implica inevitabilmente che essa non partecipi alla realizzazione di fattispecie giuridiche: fattispecie che sono poste in essere soltanto dagli individui che l'ordinamento dello Stato o quello derivato investe di certe funzioni. Ma è bene riprendere il filo del discorso.

Le caratteristiche che distinguono il nostro fenomeno dalla rappresentanza sono se non erriamo, tre. Una è il fatto che le persone giuridiche, a differenza delle persone fisiche rappresentate, diventano titolari in seguito all'attività degli agenti, di situazioni giuridiche strumentali: conseguenza ovvia della natura dell'ente[344]. La seconda è che l'interposizione di persona, che per le persone fisiche è un modo eccezionale di prender parte al commercio giuridico, è per le persone giuridiche il solo mezzo attraverso il quale esse possono partecipare delle conseguenze della realizzazione di fattispecie giuridiche

[344] *Supra,* p. 99 ss. Il MIELE, G., *Principii,* cit., p. 95-97, considera «strumentale» la soggettività dei funzionari (titolarità di poteri e facoltà) e «materiale» quella dell'ente morale (titolarità dei diritti e doveri derivanti dall'esercizio dei poteri e delle facoltà individuali). A parte il senso diverso in cui il M. impiega i due aggettivi (seguendo il CARNELUTTI, *Sistema del dir.process. civ.,* I, p. 25 ss.), intendendo per strumentali le situazioni giuridiche abilitanti quali i poteri e le facoltà e materiali le situazioni finali (*Principii* cit., I, p. 85-87) - distinzione che qui non interessa e non tocca direttamente il problema in discorso -, la tesi che difendiamo trova in questa costruzione un appoggio notevole. Una volta riconosciuto che i poteri e le facoltà fanno capo ai funzionari, si è riconosciuto - quale che sia il valore delle situazioni giuridiche «strumentali», - che sono i funzionari ad agire in modo giuridicamente rilevante e non vi sono atti giuridici dell'ente morale: che e la tesi anti-organicistica sostenuta in Italia dal PRESUNTI (*infra,* nota 280, p. 169). Resta in piedi della concezione dominante solo l'imputazione di diritti o doveri, imputazione che per noi è meramente formale (e in questo senso strumentale) e per il M. è probabilmente «finale» nel senso che si è visto sopra, p. 90. C'è solo una domanda da fare all'A. cit. su quest'ultimo punto. Se è vero che i titolari dei poteri pubblici sono i funzionari e che l'ente agisce solo nei senso che ad esso fanno capo situazioni determinate dall'attività giuridicamente rilevante di costoro, dove sta l'ente reale corrispondente alla persona giuridica?

soggettive (atti giuridici)[345]: altra conseguenza della natura meramente giuridica dal centro d'imputazione. La terza differenza sta infine nel fatto che mentre la rappresentanza tra persone fisiche si svolge normalmente fra due soggetti semplici e soprattutto attraverso un solo agente persona fisica la rappresentanza delle persone giuridiche è affidata a un numero spesso rilevante di persone fisiche raggruppate in uffici e in collegi giuridicamente ordinati: uffici e collegi in seno ai quali non è sempre agevole - ma è sempre possibile - distinguere la parte che ciascun individuo svolge nella realizzazione delle fattispecie e dei procedimenti - appunto per questo complessi - eventualmente riferibili *nelle* l*oro conseguenze* all'ente morale.

Di questi tre elementi, quello che tocca direttamente il fenomeno agli effetti della valutazione delle teorie organiche è il terzo, e cioè la frequente complessità del meccanismo. Il fatto però che si tratti di una complessità variabile, e il fatto soprattutto che si diano casi di enti morali la cui organizzazione si riduce ad un agente solo, dimostra che si tratta d'una differenza d'ordine meramente quantitativo. Comunque, dato che anche nelle ipotesi più complesse - come quella dell'organizzazione statale - si tratta di un meccanismo giuridico, se una differenza si vuol stabilire tra i due fenomeni in questione - e lasciamo da parte, per un momento, gli altri due tratti distintivi testé rilevati - , potrà trattarsi evidentemente soltanto d'una maggiore accentuazione dell'elemento giuridico rispetto all'elemento materiale e non viceversa[346], In questo senso ma solo in questo senso - ci sembrano da condividere le considerazioni svolte dell'Alessi intorno alla distinzione del «rapporto organico» dalla rappresentanza. Non nel senso che il riferimento all'ente delle conseguenze giuridiche dell'attività dei funzionari abbia luogo attraverso l'ufficio» inteso come «parte della struttura dell'ente».

L'organo-ufficio è per noi sfera di funzioni e di competenze e cioè il meccanismo giuridico che costituisce il parallelo - eventualmente più complesso e in questo senso non sempre diretto - del rapporto di rappresentanza. Come tale l'ufficio non agisce, quindi, né materialmente né giuridicamente. La complessità del meccanismo consiste nel fatto che le funzioni e i poteri dei funzionari da un lato sono spesso convergenti su più individui - come è il caso degli organi collegiali; dall'altro sono sovente determinati da una serie più o meno complessa di atti e di norme (atti e norme costituzionali, atti e norme legislative e regolamentari, regolamenti interni di collegi, statuti di enti più o meno autonomi ecc.) fra loro gerarchicamente collegate in un sistema più o meno articolato. Il che significa che le fattispecie realizzate vanno determinate tenendo conto perlopiù d'un sistema complesso di valutazioni. Ma in ogni caso la produzione degli effetti intestati alla persona giuridica parziale (intermedia) o totale, si ricollega alla realizzazione d'una fattispecie o di un procedimento più o meno complesso per opera degl'individui funzionari stessi e non da parte degli uffici, che sono soltanto le norme che valutano i fatti dei funzionari. Si hanno sempre atti dei funzionari, insomma, non atti dell'ufficio[347]. Basta tener presente, per

---

[345] V. sul punto FERRARA, I *c. d. organi delle pers. giur.*, cit., p. 59.

[346] Valga per tutti il rilievo del BLOCH, *Über Organschaft und die rechtliche Sfellung* ecc. cit., p. 77: che l'organicità «löst sich in eine Summe von einzelnen Ventretmlgsverhältnissen auf».

[347] Secondo l'ALESSI, *Alcune considerazioni*, cit., p. 213 ss. la caratterizzazione del rapporto fra persona giuridica e agenti rispetto alla rappresentanza sarebbe costituita dalla circostanza che mentre nel secondo caso si ha un «collegamento diretto» fra rappresentante e rappresentato. «nel senso che anche la persona fisica del rappresentante sia in primo piano per il diritto ed è presa direttamente in considerazione nel collegamento con l'ente: nel caso del rapporto

convincersene, il caso ben frequente di persone giuridiche ad «organo» unico e di fattispecie semplici poste in essere da «organi» individuali. Il fatto che l'ufficio si riduce in tali casi alle competenze e attribuzioni di un singolo funzionario rende palese (sotto il profilo ora in esame) l'analogia con la rappresentanza: anche questa non essendo che un insieme di competenze e attribuzioni conferite normalmente ad un solo individuo. Insieme di competenze che è appunto l'«ufficio» del rappresentante, cioè quel rapporto che al rappresentante fa capo e in virtù del quale il mandatario adempie ad un obbligo o ad una funzione, e le conseguenze giuridiche delle attività da lui svolte - e non le attività stesse - vengono riferite al rappresentato. Ma una volta chiarito il fenomeno riguardo ai casi più semplici, è evidente che esso si atteggi sostanzialmente allo stesso modo in quelli più complessi. È evidente, anzi, che valga a *fortiori* per i casi più complessi quel che vale pei casi più semplici. Gli uffici-«organi» più complessi non sono che un intreccio di competenze e rapporti formali con l'ente astratto. E poiché si tratta di rapporti e competenze *giuridiche* e non *organiche*, quanto più è articolato l'ufficio e quanto più complesso è l'intreccio di rapporti giuridici tanto minore - e non *maggiore*, come sembrano ritenere vari teorici dell'ufficio - è la possibilità di qualificare il fenomeno

---

fra la persona giuridica e l'agente, invece, «non è la persona del funzionario che sta in primo piano, sibbene la figura dell'ufficio e quella dell'organo dimodochè il collegamento tra il funzionario e l'ente avviene in via indiretta, vale a dire attraverso la figura dell'organo e dell'ufficio, in quanto, cioè, il funzionario personifica, per cosi dire, organo e ufficio. In altri termini, mentre nel caso. della rappresentanza l'imputazione al rappresentato degli effetti dell'attività del rappresentante avverrebbe in base ad un rapporto diretto intercedente fra i due soggetti ed inteso direttamente a tale finalità,.ne1 caso dell'ente giuridico l'imputazione avverrebbe in virtù di un rapporto indiretto, vale a dire in base al *fatto* che la persona del funzionario è preposta ad un ufficio integrante uno degli organi che compongono la struttura dell'ente. Per meglio cogliere la differenza tra i due casi. L'Alessi prende in esame l'ipotesi di un organo ordinato collegialmente (consiglio di amministrazione): «*La volontà espressa dal singolo consigliere viene imputata all'ente,* non già in base ad un diretto rapporto, inteso a tale fine. intercorrente tra la persona giuridica e la persona fisica del consigliere, sibbene in base ad un rapporto indiretto, vale a dire in base al *fatto* che la persona del consigliere, unitamente agli altri, è preposta ad un ufficio dell'ente, e personifica, per cosi dire, un organo dello stesso».«Per tal motivo, conclude l'A., il rapporto in questione può bene essere qualificato come un rapporto di rappresentanza *organica*» *(Scr.* cit., p. 2l5).

A parte il fatto che il rilievo del carattere *indiretto* del rapporto fra ente e funzionario ci sembra oscurato dall'aggettivo «organico» con il quale si vuol qualificare il fenomeno, questo modo di vedere è per noi da condividere solo nel senso che nel caso prospettato del consiglio di amministrazione l'atto del consigliere è valutato - all'effetto giuridico che dovrà far capo all'ente - dalle norme che qualificano il consigliere come tale e dalle norme che costituiscono il regolamento del consiglio, e poi dalle norme dello statuto che richiedono una certa percentuale di voti, vale a dire un certo numero di atti. La fattispecie è complessa, cioè, da un lato nel senso che per la norma dello statuto sulle «deliberazioni del consiglio» occorrono più tatti; dall'altro nel senso che alla valutazione di questi fatti concorrono le norme sulla nomina dei consiglieri e le norme del regolamento interno. Non sarebbe esatta, invece. Ia descrizione riportata - a parte l'accenno all'«imputazione dell'atto» che non accettiamo - , qualora essa volesse significare che l'ordinamento valuta il fatto del consiglio o non valuta comunque l'atto del consigliere singolo, o comunque che il consigliere non sia investito di una competenza o funzione (il «rapporto indiretto»). Quanto all'aspetto terminologico del problema - e in particolare al concetto di «rappresentanza organica» proposto dall'Alessi, *Op.*. 1. cit. - , esso non c'interessa. Certo è che la descrizione del «rapporto indiretto» del consigliere con l'ente come il «fatto che la persona del consigliere, unitamente agli altri, è preposta ad un ufficio dell'ente, e personifica, per così dire, un organo dello stesso»si presta ad interpretazioni organicistiche. La situazione del consigliere di preposto con altri a un determinato ufficio alla quale allude l'Alessi non è un fatto. Quello che e fatto è la partecipazione del consigliere ad una seduta e la sua partecipazione al voto in un senso o nell'altro. L'appartenenza al consiglio è una situazione giuridica. Ed è questa «situazione giuridica» e non un mero fatto che costituisce il presupposto dal quale il diritto (lo statuto o l'ordinamento di cui lo statuto fa parte) fa derivare determinate conseguenze interne (rilevanti per i funzionari e i membri) o esterne (rilevanti per i terzi). Quel presupposti sarebbe di mero fatto se il diritto annettesse le stesse conseguenze alla dichiarazione di volontà di qualunque individuo che sedesse nel consiglio o che di fatto agisse come consigliere indipendentemente dall'investitura a norma dello statuto.

come «organico». «Organico» significa perlomeno *pregiuridico*: e qui di pregiuridico non c'è proprio nulla.

Quanto ai primi due elementi differenziali rilevati - entrambi derivanti dalla natura meramente giuridica del centro d'imputazione - , essi influiscono sulla costruzione del fenomeno sotto un altro aspetto. Da un lato anch'essi accentuano la natura giuridica del fenomeno contro ogni pretesa organicistica. Ma soprattutto essi pongono in questione per un altro verso l'analogia con la rappresentanza, in quanto escludono che.ei si trovi di fronte a un fenomeno d'interposizione di persona[348]. La maggior parte dei teorici anti-organicisti italiani non rilevano questo punto chiaramente, perché partono in.sostanza dall'idea che a un certo punto dietro ai funzionari, risalendo di ufficio in ufficio e di rappresentanza in rappresentanza, ci s'imbatta nell'«ente reale». All'obbiezione che dietro il rappresentante e'è il rappresentato ma dietro l'organo non e'è nulla - obbiezione che vien mossa dai teorici organicisti ai sostenitori della teoria della rappresentanza[349] - il nostro Ferrara risponde, per esempio, che «C'è l'ente collettivo che l'organo rappresenta»[350]. Ciò perché l'ente rimane per lui la collettività o l'opera. Noi diremmo, invece, che dietro il c.d. organo non c è proprio nulla nel senso che non c'è un ente reale. Quello che sta dietro l'«organo» e l'ordinamento derivato od originario con il centro d'imputazione formale corrispondente (quando entra in funzione); e quello che sta dietro (o sotto) l'ordinamento è la società parziale o totale.

L'ordinamento giuridico «organizza» la società (Stato o p.g. inferiore) conferendo uffici pubblici o privati, cioè poteri e competenze di diritto pubblico o privato, a *individui*. L'ufficio è il mandato di ciascun individuo. I fatti posti in essere dagl'individui funzionari - singolarmente o nelle più varie combinazioni fra loro - determinato conseguenze giuridiche risolventisi direttamente in situazioni giuridiche soggettive individuali oppure - eventualmente - in situazioni giuridiche facenti capo formalmente a centri artificiali e puramente giuridici di soggettività e che si risolvono poi, attraverso lo stesso meccanismo giuridico (costituzione, statuto), in situazioni soggettive individuali diverse. Ma in ogni caso gli atti e i fatti determinanti restano sempre - quando non sono fatti naturali - fatti o atti d'individui. È comprensibile che il diritto crei situazioni giuridiche soggettive strumentali intestandole ad un ente artificiale. Mal si comprenderebbe invece la ragione per cui il diritto dovrebbe fingere che l'ente artificiale abbia agito e voluto quando esso può benissimo imputare le conseguenze di qualunque fatto giuridico a un soggetto indipendentemente dalla partecipazione del soggetto stesso al compimento del fatto. È comprensibile, p.es., che quando i funzionari competenti pongono in essere gli atti necessari per l'acquisto di certi beni destinati all'utile pubblico, gli atti stessi abbiano per conseguenza il prodursi d'una situazione giuridica facente capo formalmente ad un centro artificiale d'imputazione: lo Stato-fisico o lo Stato-

---

[348] Di questo fenomeno manca evidentemente il termine corrispondente al soggetto principale, che nel caso della persona giuridica si riduce a un centro artificiale d'imputazione, utilizzato solo per certi rapporti. E qui ci torna utile il rilievo del BALLADORE PALLIERI (v. *supra, p.* 158, nota), che il fenomeno dell'attività della p. g. è meno vicino alla «realtà naturale» di quanto lo sia il fenomeno della rappresentanza.

[349] V. p. es. JELLINEK, .*System* cit., ediz. it., p. 33 in fine; RANELETTI, *Pnncipii* cit. (1912), I, p. 170 ss., spec. 177; DONATI, *La persona reale* cit., p. 11 ss. de1 l 'estratto .

[350] *I c.d. orqar1 delle pers. giur.* cit., p. 59.

proprietario[351]. Non si vede invece per qual motivo si dovrebbe dire che le leggi e gli atti amministrativi son atti dello Stato e non de; deputati, dei senatori, del Presidente délla Repubblica e dei funzionari[352]. Ma qui il discorso esulerebbe dallo scopo che ci proponiamo. Per questo scopo - che è quello della nozione degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale - ci basta aver sviluppato qualche argomento per dimostrare che le teorie organiche sono soltanto delle finzioni prive di fondamento[353]. Per la definizione esatta del fenomeno bisogna rifarsi, a nostro avviso, alla teoria degli «agenti» del Duguit, a quella del Presutti e degli altri antiorganicisti citati, alla teoria del Kelsen ed alle varie teorie similari, anche se non le si condivida in tutti i loro aspetti. Teorie che ben a ragione possono qualificarsi come «realistiche»[354]. E ciò sia per le persone giuridiche minori che per lo Stato (diritto interno)[355].

---

[351] Nel senso che s è visto *supra* sez. III. di questo capitolo. Sulle ragioni politiche del fenomeno PRESUTTI, *Istituzioni di dir. amm.* it. I 1931 p. 519. L'idea dell'attività dell'ente è qualificata come una «finzione» dal FERRARA, 1 c. *d. organi* cit. p. 58-59.

[352] Per una costruzione del genere v. PRESUTTI, *Istituzioni* cit. spec. p. 519 ss. secondo il quale «Nulla vieta di ammettere che i diritti di supremazia vengano attribuiti ad una persona fisica». Ma ad una costruzione analoga perviene sostanzialmente, come s'è visto il MIELE *(supra*, nota 273).

[353] Le considerazioni svolte varranno almeno a dimostrare che nulla giustifica gli atteggiamenti poco tolleranti che le dottrine organicistiche sogliono assumere nei confronti delle teorie antiorganicistiche. Gli organicisti fanno carico ai loro avversari del fatto che essi ricorrono a «finzioni» ed a rappresentazioni «irrealistiche» del fenomeno. Ma la verità, a nostro avviso, è che alle finzioni ed alle rappresentazioni irrealistiche ricorrono proprio loro, quando parlano d'imputazione giuridica di atti o fatti, quando tentano con vani artifici di negare la soggettività e la capacità giuridica dei funzionari o la natura giuridica dell'organizzazione e quando attribuiscono «azioni» e «volontà» ad enti giuridici. i: le conseguenze «paradossali» non sono quelle delle teorie giuridiche giù o meno pure (come vorrebbe il *ROMANO Frammenti* cit.. p. 148) ma proprio quelle della c. d. «realtà», che per evitare la «sconvenienza» di negare la «capacità di agire» allo Stato la negano ai funzionari. Modestamente riteniamo molto più sconveniente - oltre che poco opportuno dal punto di vista politico - trattare così male gli agenti dello Stato.

[354] Sul «realismo» delle teorie che risolvono la persona giuridica negli agenti, ma in senso critico, v. FORTI, *Lezioni di dir. amm.* cit., I, p. 87 ss.; e *Studi di dir.* pubbl. cit., I, p. 121-22 ss.

[355] L'idea diffusa che le teorie organiche rispondano alla realtà per lo Stato più che per le persone giuridiche inferiori deriva (a parte i motivi d'ordine politico o ideologico) dallo stesso fattore che rende meno agevole percepire la natura strettamente giuridica della p. g. dello Stato (sez. prec.). Ci limitiamo ad osservare al riguardo che la giuridicità del titolo in base al quale agiscono i funzionari della persona giuridica massima è invece a ben guardare accentuata in un certo senso rispetto alle persone giuridiche inferiori dal carattere originario dell'ordinamento. L'investitura degli organi supremi si basa infatti in questo caso sulle norme fondamentali. E ridurre in termini organici i poteri fondamentali significa mettere in forse la giuridicità dell'intero sistema. Col che non si nega che *ex facto jus.*

CAPITOLO II
I TERMINI DEL CONFRONTO

SOMMARIO: *Sezione prima:* Gli elementi del confronto fra gli enti soggetti diretti dell'ordinamento internazionale e le persone giuridiche in senso tecnico. - *Sezione seconda:* Il procedimento formativo estintivo e l'essenza reale degli enti soggetti. - *Sezione terza:* Gl'individui membri degli enti soggetti. - *Sezione quarta*: I mezzi d'azione giuridicamente rilevante degli enti soggetti.

SEZIONE I - GLI ELEMENTI PRESCELTI

SOMMARIO: 1. Rinuncia al confronto sulla base del postulato monista o dualista. - 2. Elementi di confronto prescelti.

1. - Il confronto fra gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale e le persone giuridiche in senso tecnico[356] si potrebbe impostare in una infinità di modi. E da vari punti di vista, come vedremo, si può pervenire alla conclusione che gli enti soggetti non costituiscono persone giuridiche in senso tecnico per l'ordinamento internazionale.

Un punto di vista molto conveniente sarebbe quello del rapporto fra diritto internazionale e interno. Poiché la persona giuridica è caratterizzata da un proprio ordinamento assunto dall'ordinamento statuale a parte di se stesso, il modo di essere del rapporto fra gli ordinamenti costituisce di per sé un dato positivo o negativo decisivo. Quando si partisse dalla teoria monista dell'unità del mondo giuridico, che presenta gli ordinamenti statuali come derivati dall'ordinamento internazionale, si dovrebbe ammettere l'esistenza d'un dato affermativo d'importanza basilare. Se invece ci ponessimo dal punto di vista dualista, - come noi saremmo portati a fare -, dovremmo riconoscere senz'altro, contro l'opinione della stessa dottrina dualista dominante, di trovarci di fronte ad una impossibilità assoluta di configurare gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale come persone giuridiche. Per i dualisti, infatti, gli ordinamenti statuali e quelli degli enti assimilati agli Stati sono «originari» rispetto all'ordinamento internazionale, dal punto di vista del quale essi si presentano come dei meri fatti. Né l'argomentazione basata sulla premessa monista o dualista si dovrebbe arrestare a questa constatazione. Dall'uno o dall'altro assunto si potrebbe desumere infatti una lunga serie di proposizioni rispettivamente favorevoli o contrarie alla configurazione degli enti in questione come persone giuridiche in senso tecnico[357].

Questo modo di procedere, però, è da scartare innanzi tutto perché porterebbe a risultati attendibili soltanto dal punto di vista monista o dualista. In secondo luogo c'impedirebbe di valerci del risultato positivo o negativo rispettivamente a sostegno dell'una o dell'altra concezione del rapporto fra diritto internazionale e diritto interno: possibilità che costituisce uno degli aspetti più interessanti del problema in esame. Sarà dunque meglio guardare direttamente ai fenomeni giuridici internazionali dai quali possa risultare più chiaramente il modo di essere degli enti soggetti sotto il profilo in esame. E il campo d'indagine, da questo punto di vista è vasto quanto l'intera realtà giuridica internazionale. Tutto sta a scegliere la via scientificamente più sicura e conveniente.

2. - Sulla base dei risultati conseguiti nel capitolo precedente si possono individuare i punti chiave del nostro problema in tre elementi decisivi singolarmente e nel loro insieme. *a*) Il primo elemento di confronto - tecnicamente il più importante - si ricollega alla parte

---

[356] Come si è avvertito, limitiamo il nostro esame agli enti soggetti corrispondenti agli «Stati» ed agli altri enti ad essi assimilati, unioni di «Stati» escluse.

[357] Ciò apparirà evidente dall'indagine che segue.

essenziale della nozione di persona giuridica alla quale siamo pervenuti, e cioè l'essenza giuridica degli «enti morali» contrapposta all'essenza materiale (extra-giuridica) delle persone reali. Si tratta, in particolare, della evidente esistenza, nel primo caso, di fattispecie, effetti e norme giuridiche corrispondenti alla nascita, alle modifiche ed all'estinzione dell'ente soggetto, come fenomeni distinti anche se strettamente legati a quello della soggettività in senso stretto. Studieremo dunque il modo in cui gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale vengono in essere, si modificano e si estinguono (*Sezione II* di questo capitolo). *b*) Un altro elemento importante è il rapporto che si è visto sussistere tra il fenomeno della persona giuridica in senso tecnico da una parte e gl'individui membri, beneficiari o agenti dall'altra. Questi individui sono anch'essi soggetti di diritto e sono tali, precisamente, prima e indipendentemente dal fatto che lo siano le persone giuridiche stesse e indipendentemente ancora dalla qualità di membri beneficiari o agenti che essi rivestono. Sarà opportuno esaminare dunque la posizione giuridica dei membri-agenti degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale (*Sezione III*). *c*) Il terzo elemento si ricollega al problema della c.d. attività giuridicamente rilevante delle persone giuridiche e precisamente ai mezzi attraverso i quali questa attività si esplica («agenti», «organi»). Si tratta di vedere se e quali punti di somiglianza o differenza vi siano fra la posizione in cui si trovano a questo riguardo le persone giuridiche in senso tecnico e la posizione in cui si trovano, dallo stesso punto di vista, gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale. Il che richiede una indagine sui mezzi di azione giuridicamente rilevante di questi ultimi (*Sezione IV*). Nel trarre infine le nostre conclusioni dagli elementi raccolti attraverso l'indagine su questi tre punti avremo occasione di rilevare il nesso che li lega fra loro e di aggiungere ulteriori elementi di confronto. Soltanto allora converrà occuparsi del rapporto fra diritto internazionale,e diritto interno e dei meriti e demeriti rispettivi delle teorie monista e dualista riguardo alla nozione degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale che entrambe professano[358]. Secondo quanto ci siamo proposti di fare baseremo il confronto sui concetti di persona giuridica e di persona reale che abbiamo delineati nei loro vari aspetti nel capitolo precedente[359].

---

[358] Prima di passare all'esame dei tre elementi prescelti teniamo ad avvertire che trattandosi di questioni fra le più delicate e controverse della teoria del diritto internazionale limiteremo la discussione agli aspetti essenziali di ciascun problema ed ai punti sui quali riteniamo di poter aggiungere argomenti o sviluppi nuovi.

Faremo a volte riferimento ad opinioni dottrinali correnti su questioni strettamente connesse con il problema della nozione degli enti soggetti, che si trovano in sorprendente contraddizione con la nozione dominante degli enti medesimi. L'argomentazione sulla base di opinioni professate dalla stessa dottrina che per altro verso verremo criticando ci sembra pienamente giustificata dal fatto che la dottrina internazionalistica, mentre ha adottato la nozione degli enti soggetti come persone giuridiche senza porsi il problema *ex professo* dal punto di vista dell'ordinamento internazionale e senza dare alcuna dimostrazione della nozione utilizzata, ha invece approfondito considerevolmente lo studio dei fenomeni connessi con i tre elementi prescelti. Fenomeni la cui costruzione scientifica dominante costituisce alle volte - quando sia propriamente interpretata - un argomento già di per sé decisivo contro la nozione stessa. Se non sempre il contrasto è rilevabile direttamente nelle costruzioni di certi fenomeni è perché la dottrina tende per lo più ad adattare le costruzioni medesime a viva forza alla nozione aprioristica degli enti soggetti ch'essa professa, alterando così, sulla base di questo dato, la spiegazione del fenomeno specifico nonché la teoria generale della persona giuridica. Nel qual caso sarà necessario approfondire l'indagine sui singoli elementi sulla base della realtà giuridica internazionale e della dottrina che vi si mantiene più aderente.

[359] V. tuttavia la nota 10 al Cap. III di questa Parte.

SEZIONE II - IL PROCEDIMENTO FORMATIVO-ESTINTIVO E L'ESSENZA REALE DEGLI ENTI SOGGETTI

SOMMARIO: 3. Significato del requisito dell'organizzazione effettiva dell'ente soggetto e dell'inesistenza di criteri di legittimità internazionale degli «Stati» al confronto con i fenomeni apparentemente paralleli di diritto interno. - 4. *A*) Confronto con la nascita e l'estinzione delle p. g. inferiori e... - 5. *B*) con la nascita e l'estinzione della p. g. dello Stato dal punto di vista del diritto interno. - 6. Conseguenze dei dati accertati agli effetti della nozione ricercata e atteggiamenti contrari della dottrina monista e dualista. - 7. La teoria monista della nascita-estinzione dello «Stato nel senso del diritto internazionale» (Kelsen). - 8. *A*) Petizione di principio da cui essa muove. - 9. *B*) Contenuto tautologico della pretesa norma di legittimazione dello «Stato». *In nota:* del principio dell'effettività - 10. *C*) Carattere ipotetico della «norma». -11. Teoria del Verdross, del Kunz e del Guggenheim. Critica - 12. Ambiguità e deviazioni della dottrina dualista. - 13. Ambiguità derivanti dalla imperfetta nozione di persona giuridica utilizzata. - 14. … e dal malinteso accostamento tra il «fatto»

della nascita dell'ente soggetto di diritto internazionale e l'origine «di fatto» dello Stato e del suo ordinamento. - 15. La teoria della legittimazione internazionale dello «Stato»-soggetto mediante rinvio al diritto interno. - 16. Interpretazioni ingiustificate del dato negativo accertato sulla base del «principio dell'effettività».

3. - Le persone giuridiche presentano, come s'è visto, la caratteristica negata od oscurata dalle dottrine organiche che il centro di soggettività corrispondente costituisce una «creazione» del diritto: con la duplice conseguenza che la persona giuridica può esistere eventualmente anche in difetto d'ogni sostrato reale ed è legittima per definizione in quanto entità giuridica. Si è anche visto come queste caratteristiche si manifestino in maniera spiccata nella nascita, nelle modificazioni e nell'estinzione delle persone giuridiche, che costituiscono altrettanti fenomeni giuridici, distinti anche se strettamente collegati con le variazioni attinenti alla soggettività. Per la nascita e l'estinzione degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale le cose stanno invece molto diversamente, anche se non è facile rendersene esatto conto[360]. A parte l'idea di una parte notevole della dottrina che gli enti soggetti costituiscono per l'ordinamento internazionale dei «fatti» - idea che è contraddetta dalla stessa concezione degli enti soggetti come persone giuridiche e dagli atteggiamenti più specifici che vedremo -, il dato essenziale è l'opinione della maggioranza della dottrina che l'ordinamento internazionale si limita a prendere atto dell'esistenza o del venir meno di certi enti reali senza regolarne in alcun modo il procedimento formativo-estintivo ma solo attribuendo o togliendo loro la soggettività giuridica[361], Affermazione che si riferisce a sua volta a due dati distinti e di valore ineguale: la necessità dell'esistenza d'un ente reale organizzato (oltre che indipendente) e il rapporto tra a «effettività» e «legittimità» nel procedimento formativo-estintivo dell'ente stesso.

a) Per cominciare dal primo punto, è pressoché pacifico nella dottrina e nella prassi che il fenomeno di soggettività facente capo ad uno «Stato» viene in essere in un modo o

---

[360] Oltre e più che alla complessità dei problemi di teoria generale dell'ordinamento che vi si ricollegano la difficoltà deriva dall'esasperante difetto di chiarezza della maggior parte delle trattazioni dedicate all'argomento. Non si può fare a meno di riconoscere che le idee più chiare in materia sono quelle dei monisti. Idee che purtroppo non riusciamo a condividere.

[361] Limitiamo il discorso alla nascita e all'estinzione (fissando l'attenzione soprattutto sulla prima) giacché quello che vale per l'uno vale ugualmente per gli altri due fenomeni. A parte la monografia del BALLADORE PALLIERI su *L'estinzione di fatto degli Stati* ecc. che sarà discussa più avanti, le trattazioni italiane che appaiono meno lontane dal nostro problema sono quella dello SCALFATI FUSCO, *Il riconoscimento di Stati nel dir internaz.*, Napoli, 1938, p. 43-66; e i cenni del BISCOTTINI, *Sulla formazione dello Stato*, nella *Rivista* cit., 1939, p. 378 ss. Entrambe però, oltre a non essere dedicate *ex professo* al nostro tema, non si pongono nemmeno la questione della nozione della persona giuridica in senso tecnico che a nostro avviso costituisce il nocciolo del problema.

nell'altro - e quel che vale per gli Stati vale per le chiese, gl'insorti, i comitati nazionali e via dicendo - allorché un gruppo d'individui si presenti effettivamente organizzato in un certo modo, e solo in seguito al manifestarsi dell'*organizzazione effettiva* non essendo sufficiente né la dichiarazione di un gruppo d'individui di volersi costituire in Stato, né l'atto interno o internazionale con il quale uno o più Stati dichiarino di volere istituire uno Stato nuovo. Quali che siano le differenze d'interpretazione di questo dato - e sono notevolissime -, la necessità che un ente reale del genere esista è affermata concordemente da monisti e dualisti, dai seguaci della teoria del riconoscimento non meno che dai sostenitori della. teoria della personalità come qualità conferita da una o più norme *ad hoc* ovvero come destinatarietà delle singole norme[362]. Non hanno rilevanza l'atto o la serie degli atti costituenti interni (proclamazione dell'indipendenza o della costituzione)[363]. Non ha rilevanza il trattato o l'atto unilaterale di uno Stato che impegna due o più Stati a unirsi in Stato unitario o federale o che concede o promette

---

[362] Alla chiarezza e concordia di questa affermazione non corrispondono come vedremo altrettanta chiarezza e concordia nella determinazione del suo significato. V. ad ogni modo, per la dottrina, BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht der zivilisierten Staaten als Rechtsbuch dargerstellt*, Nördlingen, 1878, p. 71; GAREIS, *Institutionen des Völkerrechts* cit., p. 48, 63 s.; ULLMANN, *Völkerrecht*, nello *Handbuch* del Marquardsen, Freib. i. B., 1898, p. 66; ANZILOTTI, *Corso* cit., 1912, p. 84; 1928, p. 154-55, ma più chiaramente *L'annessione del Congo,* nella *Rivista* cit., 1909, p. 243, 245 s., 246 e ancora *Gli organi comuni nelle società di Stati, Rivista* cit., 1914, p. 162; NYS, *Le droit international, les principes, les théories, les faits*, I, Parigi, 1912, p. 73 s.; STRUPP, *Grundzüge des positiven Völkerrechts,* 1921, p. 50; HATSCHEK, *Völkerrecht als System rechtlich bedeutsamer Staatsakte,* 1923, p. 144; HALL, *A treatise on International Law,* ed. Pierce Riggins, 1924, p. 103; SCHOENBORN, *Verselbständigung von Staatenteilen*, nel *Wörterbuch d. V.* cit., III, p. 149; WALDKIRCH, *Das Völkerrecht in seinen Grundzügen dargestellt,* Basilea, 1926, p. 114; PITT COBBETT'S, *Cases on International Law*, 5ª ed., I, 1931, p. 43-45; OPPENHEIM'S, *Internat. Law* cit., I, p. 124 s., 147-50; SALVIOLI, *Il riconoscimento degli Stati,* nella *Rivista* cit., 1926, p. 330 ss.; MICELI, *Il problema del riconoscimento nel dir. Internaz.*, stessa *Rivista*, 1927, p. 169 ss.; HOLLAND, *Lectures* cit., p. 90 s.; CAVAGLIERI, *Corso cit.*, p. 195 ma già *I soggetti del dir. internaz.* cit., p. 20-21 dell'estr.; HEUSS, *Aufnahme in die Völkerrechtsgemeinschaft* ecc., nella *Zeitschrift f. Völkerrecht,* XVIII, 1934, p. 60 ss.; REDSLOB, *La reconnaissance de l'Etat* ecc., nella *Rev. de dr. internat.*, XIII, 1934, p. 443 ss.; PERASSI, *Lezioni,* cit., p. 45; BALLADORE PALLIERI, *Dir. internaz. pubbl.* cit. p. 78 ss.; SCALFATI FUSCO, *Il riconoscimento degli Stati* cit., p. 43 ss.; BOSCO, *Corso* cit., spec. 165-66; BISCOTTINI, *La formazione del Regno S. H. S.*, nella *Rivista* cit., 1938, p. 56 ss. spec. 253 ss.; e *Sulla formazione dello Stato*, nella stessa *Riv*., 1939, p. 378 ss.; MORELLI, *Nozioni* cit, p. 115; MONACO, *Manuale* cit., p. 89; BURCKHARDT, *Die Organisation* ecc. cit., p. 329 ss.; LAUTERPACHT, *Recoqnition in Internat. Law*, Londra, 1947, p. 7 ss., spec. 8; ROSS, *A text-book* cit., p. 114 s.; SAUER, *Grundlehre d. Völkerrechts,* Colonia, 1947, p. 69 s.; FENWICK, *Op. cit.*, 104 ss. 136 ss.; UDINA, *La condiz. giur. internaz. del Terr. lib. di Trieste,* estr. dalla *Rass. di dir. pubbl.*, 1947, IV, p. 4 ss. ma spec. *Sull'attuale amm. del T. 1. di Trieste,* estr. dalla stessa *Rass.*, 1949, n. .3-4, p. 329 in fine; QUADRI, *Dir. Internaz- pubbl.* cit., p. 272 ss., spec. 288 ss. e *Stato* cit., p. 19-26 dell'estr.; MARSHALL BROWN, *Recosqnition of Israel, nell'Amm. Journal of I. L.*, 1948, p. 620 ss. Lo stesso requisito è stato affermato dall'*Istitut de Dr. Internat.* il 24 apr. 1936 nella definiz. del riconosc. di nuovi Stati. Per quanto riguarda gli scrittori monisti, che intendono però il requisito in modo profondamente diverso (v. p. 195, 248 s.), v. per tutti VERDROSS, *Anerkennung* ecc. ed *Entstehung v. Neustaaten*, nel *Wörterbuch d. V.* cit., I, p. 52-53 e 283 ss., rispettivamente; KELSEN, *La naaissance* cit.; e KUNZ, *Anerkemmung* cit, p. 19, nonché le *Op.* cit., *infra*, p. 193 ss.

Quanto alla prassi rinviamo ai casi ricordati o trattati dal CAVAGLIERI, *Corso*, cit., p. 196 s. (e in particolare quelli del Congo e della Bulgaria), dal KELSEN, *Scr.* cit. (Cecoslovacchia), dal BALLADORE PALLIERI, *Op.* 1. cit., p. 73 ss.; dall'ANZILOTTI, *Scr*. cit., (Congo); dallo STRUPP, nel *Wörterbuch d. V.* cit., I, voce *Feinland;* a buona parte di queli rip. dal MOORE, *Digest* cit., 1, p. 74 ss.; da HACKWORTH, *Digest of International Law,* I, Washington, 1940, p. 47 ss. e dal FENWICK, *Op.* cit., p. 137 ss.; alle recenti dichiarazioni del JESSUP, Deputy U. S. Representative in the Sec. Council (2 dic. 1948), a proposito della domanda di ammissione alle N. U. da parte dello Stato di Israele *(Rev. Egyptienne de Dr. internat.)*, V. (1949), p. 23940; ed ai riferimenti del MARSHALL BROWN, *Recognition of Israel,* cit.

[363] BALLADORE PALLIERI, *Op.* cit, p. 79.

l'indipendenza a una comunità[364]. Né si ritiene, infine, che esistano norme di diritto consuetudinario in virtù delle quali uno «Stato»-soggetto venga in essere o si estingua per l'ordinamento in un momento rispettivamente anteriore o successivo al costituirsi o al venir meno dell'organizzazione effettiva. Che i monisti dicano, come vedremo, che la costituzione effettiva dell'organizzazione costituisce la realizzazione della «fattispecie» della legittimazione internazionale dello Stato come ordinamento o comunità giuridica non toglie che quel dato di fatto sia per loro non meno essenziale che pei dualisti, che vedono nell'organizzazione reale la nascita dell'ente di fatto assunto a punto terminale dato della soggettività. E per gli autori che fanno dipendere la soggettività dal riconoscimento l'esistenza del requisito non è meno indispensabile che pei teorici dell'attribuzione automatica di diritti e doveri[365]. Questo per quanto riguarda il requisito dell'effettività dell'ente corrispondente allo Stato-soggetto che nasce[366], Ed è superfluo rilevare che lo stesso vale per l'estinzione, che anch'essa non ha luogo mai per mero effetto di norma[367].

b) Altrettanto unanime è l'affermazione che la legittimità del procedimento formativo dell'ente soggetto non ha rilevanza per l'ordinamento internazionale. Non ha rilevanza né il fatto che la formazione sia illegittima dal punto di vista interno - come nei casi di secessione violenta non riconosciuta dalla madre patria -, né il fatto che la formazione o l'esistenza stessa dell'ente sia contraria o non conforme al disposto di trattati internazionali. Alla legittimità si contrappone recisamente l'effettività della formazione politica[368]. Venuto in essere l'ente, poi, l'ordinamento gli conferisce le qualità

---

[364] TRIEPEL, *Diritto internaz. e dir. interno*, ediz. it., Torino, 1913, p. 69, nota 2; BALLADORE PALLIERI, *Op.* e l. cit.

[365] Il requisito dell'esistenza dell'ente reale effettivamente organizzato non è contraddetto. a ben guardare, dall'asserzione che esistano casi di riconoscimento di «nazioni», come sarebbe avvenuto per le nazioni ceca e polacca e per quella ebraica nel corso della prima guerra mondiale (ENRICH, *La naissance et la reconnaissance des Etats*, nel *Recueil*, cit., 1926, III, p. 479 ss.; FAUCHILLE, *Traité de dr. internat. public*, I, parte I, Parigi, 1921, p. 314-16; FEINBERG,. *The Recognition of the Jewish People in Internat. Law*, nel *Jerwish People in Internat. Law*, I, Gerusalemme, 1949, p. 1 ss., spec 14, 16 s., 19 ss.). A parte l'estrema opinabilità di questa tesi, a parte il fatto che nei primi due casi e forse anche nel terzo (Agenzia ebraica) si sono riconosciuti in sostanza dei comitati nazionali, cioè delle organizzazioni effettive (a meno che non si segua la teoria dello «Stato futuro»), si tratta pur sempre della stessa cosa. Condizione *sine qua non* della soggettività resta sempre l'esistenza effettiva di un ente (nazione, popolo) più o meno organizzato. È questo che per il momento ci interessa.

[366] Ad enti reali corrispondono anche la Chiesa cattolica, gl'insorti, i governi in esilio ecc. (vedi la Parte III) e ad enti reali corrispondevano (o corrispondono) evidentemente, gl'individui-potentati che eventualmente abbiano goduto (o godano) della soggettività internazionale.

[367] V., p. es., GAREIS, *Op.* cit., p. 66; ANZILOTTI, *Corso* cit., p. 162; PERASSI, *Lezioni* cit., p. 84 s.; ROMANO, *Corso* cit., p. 122; BALLADORE PALLIERI, *L'estinzione del fatto* cit., *passim*; UDINA, *L'estinzione dell'Impero austro-ungarico nel dir. internaz.*, Padova, 1933; SERENI, *L'annessione dell'Etiopia nella giurispr.*, nella *Rivista* cit., 1938, p. 102 ss, 360 ss.; MONACO, *Manuale* cit. p 142; QUADRI. *Dir. internaz. pubbl.* cit., p. 334-36, ma già lo *Stato* cit., p. 19 ss, dell'estr.; GIULIANO, *La situazione att. della Germania* cit. Per la prassi v. i casi rip. dal MOORE, *Digest*, I, § 36; FENWICK, *Op. cit.*, p. 149. Casi largamente discussi sono quelli del Congo (ANZILOTTI, *L'annessione* cit., spec. 243), dell'Etiopia (SERENI, *Scr.* cit.), dell'Austria *(Amer. Journal* cit., 1944, p. 621-35) e della Germania (OTTOLENGHI, *Lezioni* cit, p. 113-14; GIULIANO, *Scr.* cit).

[368] Per la dottrina v. fra gli altri: HALL, *A treatise* cit., p. 104 s.; OPPENHEIM'S, *Internat. Law* cit., I, p. 127-28; SCHOENBORN, *Verselbständigung* cit.. p. 149; VERDROSS, *.Anerkennung* cit., p. 52 s.; ROMANO, *Corso* cit., p. 65; ERICH, *Naissance* ecc. cit., p. 477; KUNZ, *Anerkennung* cit., p. 61 ss., 103; MORELLI, *Nozioni* cit., p. 131-132; Ross, *A*

abilitanti alla soggettività oppure la titolarità concreta di diritti e doveri, come l'ordinamento interno fa con gl'individui nati vivi (o «vivi e vitali»). E in modo analogo si atteggiano il fenomeno inverso dell'estinzione nonché le modifiche di struttura delle quali ci occuperemo più avanti[369]. Tanto il requisito dell'effettività dell'organizzazione dell'ente che la prevalenza dell'effettività sulla legittimità si riassumono nella comune affermazione che lo «Stato» costituisce un *presupposto o* un *prius* rispetto all'ordinamento internazionale[370].

Del significato preciso che ciascun autore attribuisce o non attribuisce a queste affermazioni - significato che è oscurato soprattutto da concezioni vaghe e improprie della persona giuridica e dall'identificazione aprioristica dell'ente soggetto con lo Stato «corrispondente» - ci occuperemo più avanti. Importa rilevare subito invece che dai due dati combinati della *effettività* dell'organizzazione dell'ente e dell'*irrilevanza* o meglio *l'inesistenza di qualsiasi criterio di legittimità* che non sia l'effettività stessa - e soprattutto dal secondo -, si arguisce che il rapporto fra l'ordinamento internazionale e la nascita e l'estinzione degli enti soggetti è radicalmente diverso dal rapporto fra l'ordinamento statuale e le persone giuridiche: sia le p. g. inferiori sia quella dello Stato. Esso appare in tutto e per tutto analogo, invece, a quello che sussiste fra l'ordinamento interno e le persone reali. Il che è male avvertito, non avvertito o addirittura negato dalla dottrina. E cominciamo dal confronto con le persone giuridiche parziali.

4.- *A*) La mera circostanza che l'ordinamento internazionale non riconosca l'esistenza di un ente soggetto per il solo fatto della realizzazione di determinati atti, ma richieda l'esistenza di un'organizzazione effettiva costituisce un indizio ma non una prova che l'esistenza dell'ente stesso non è, a differenza delle *persone giuridiche parziali* del diritto statuale, una creazione del diritto (effetto giuridico)[371]. Il fatto che l'atto

---

test-book cit., p. 115; HYDE, *International Law* ecc. cit., I, p. 152-57. Nella prassi - sempre per fermarci agli «Stati» - depongono nel senso indicato: l'indipendenza degli Stati Uniti d'America, in occasione della quale la Francia ripetutamente contestò la rilevanza della forma costituzionalmente illegale del distacco delle ex-colonie dalla Gran Bretagna attribuendo rilevanza decisiva al fatto della conseguita autonomia (WHEATON, *Histoire du progrès du dr. des Gens*, I, p. 357; BALLADORE PALLIERI, *Op.* cit., p. 73; QUADRI, *Dir internaz. pubbl.* cit., p. 273); il caso dell'Olanda, la soggettività della quale fu riconosciuta vari decenni prima che la Spagna .- cioè l'ordinamento spagnolo - si acconciasse alla perdita nel 1648 (WHEATON, *Op.* cit., I, p. 354; MOORE, *Digest* cit., I, p. 72 ; VERDROSS, *Anerkennung* cit., p. .52); e quelli del Portogallo, soggetto dal 1640 ma riconosciuto dalla Spagna solo nel 1868 (MOORE, *ibid.),* della Grecia, riconosciuta dalle Potenze nel 1827 e dalla Turchia nel 1832 (MOORE, *Op.* cit., I, p. 72, 110 ss.), del Belgio, riconosciuto dalle Potenze nel 1831 e dalla madrepatria vari anni dopo (MOORE, *ibid*.) e quelli delle ex colonie spagnuole (MOORE, *Op.* cit., I, p: 74 ss.) e della Rep. di Panama, riconosciuta da molte Potenze come « Stato » entro un anno dalla secessione, ma dalla Colombia solo nel 1914 (HACKWORTH, *Digest* cit., p. 445; ROUGIER, *Rép. de Panama*, nella *Rev. gér. de dr. Internat. public*, XI, 1904, p. 602) per essere ancora misconosciuta nel 1920 (LAUTERPACHT, *Recognition* cit., p. 10). Per altri es. v. MOORE, *Op.* cit., I, p. 72-119; ULLMANN, *Op.* cit., p. 187, nota 2; e HACKWORTH, *Op.* cit, I, p. 47 ss.). Un caso recentissimo è probabilmente quello dell'Indonesia, prima della costituzione degli Stati Uniti.

[369] *Infra*, sez. IV di questo Cap.

[370] Sul diverso, significato di questa «presupposizione» per i menisti v. *infra*, p. l96 s., e sull'ambiguità del significato ad essa attribuito da numerosi dualisti per la confusione con la c. d. «presupposizione» dello Stato da parte del diritto interno *infra*, p. 224 ss.

[371] Per le persone giuridiche v. *supra*, p. 79 ss.

costituente o il trattato o l'atto unilaterale di uno Stato non determini l'effetto dell'esistenza di un ente soggetto non è decisivo per due ragioni. Innanzi tutto esso non significa necessariamente che l'esistenza dell'ente soggetto (centro d'imputazione) non sia un effetto giuridico d'un qualche atto interindividuale, interstatuale o statuale *più* l'organizzazione effettiva. Si dovrebbe trattare di un effetto giuridico del genere di quello che si e visto prodursi (accanto al fenomeno di soggettività *stricto sensu*) quando nasce una persona giuridica di diritto interno: effetto giuridico costituito dallo statuto dell'ente come sistema di rapporti e situazioni giuridiche, ed essenzialmente non dissimile dalla nascita d'una qualsiasi situazione o rapporto giuridico. Ora, nulla esclude che un rapporto giuridico nasca da una fattispecie complessa costituita da una o più dichiarazioni di volontà con l'aggiunta di una certa situazione di fatto. Basta ricordare il trasferimento del dominio, che è subordinato in certi ordinamenti all'effettivo trasferimento della cosa all'acquirente, e l'acquisto per occupazione. Resterebbe è vero sempre, tra la nascita dell'ente soggetto e la nascita d'una persona giuridica inferiore nel diritto statuale, la differenza costituita dal fatto che la persona giuridica può venire in essere per effetto del *mero atto di volontà* privata o dell'atto legislativo o costituente, mentre per l'ente soggetto di diritto internazionale occorre l'organizzazione effettiva. Ma è ovvio che se la nascita della persona giuridica interna per mero atto di volontà privata o sovrana costituisce una prova (una delle tante prove) che alla persona giuridica corrisponde un centro meramente *giuridico* di soggettività, il fatto che per la nascita dell'ente soggetto occorra eventualmente *anche* l'organizzazione effettiva, non prova senz'altro il contrario[372].

E non è tutto qui.

Anche se fosse provato che l'atto costituente interno, L'atto interstatuale o l'atto unilaterale d'uno Stato non ha *alcuna rilevanza* agli effetti dell'esistenza dell'ente soggetto, nemmeno sarebbe dimostrato che l'ente in questione non sia un effetto giuridico al pari delle persone giuridiche di diritto interno. Sarebbe provato, in questa ipotesi, che l'ente soggetto non nasce per effetto della realizzazione d'una fattispecie di diritto scritto o comunque specificamente designata da norme chiaramente percepibili poste da fonti in senso formale: che è quel che avviene quando si costituisce una persona giuridica per atto negoziale o legislativo o per atto costituente formale. Non sarebbe provato, tuttavia, che la costituzione del centro di soggettività internazionale corrispondente a un ente soggetto non sia l'effetto giuridico disposto - sulla base, p. es., dell'effettivo costituirsi di un'organizzazione sociale più o meno stabile e indipendente - da una norma di diritto non scritto preesistente o successiva, che legittimi l'ordinamento che l'ente storicamente esprime. Una norma, p. es., come quella di cui l'opinione che ci riserviamo di esaminare asserisce l'esistenza. Tanto più facile potrebbe anzi venire questa ipotesi in quanto il fenomeno troverebbe apparentemente riscontro, *grosso modo,* nella formazione delle persone giuridiche parziali di diritto interno corrispondenti, p. es., a province già organizzate annesse ad uno Stato od a comunità di formazione nuova ammesse a far parte di uno Stato federale. Si potrebbe dire, precisamente, senza

[372] L'ordinamento internazionale, si potrebbe dire - come del resto è stato detto -, esige maggiori «garanzie» e si ispira anche in questo caso al «principio dell'effettività».

contraddire in apparenza l'affermazione comune che l'ente soggetto («Stato») nasce come *fatto storico,* che l'assunzione di uno Stato di nuova formazione in seno alla comunità giuridica internazionale consisterebbe nell'assunzione a persona giuridica d'un ente collettivo già costituito in fatto, munito di un proprio ordinamento e legittimato *a posteriori* dall'ordinamento superiore; e che tale fenomeno si presenterebbe da quest'ultimo punto di vista come un *effetto giuridico più* ampio di quello della soggettività in senso stretto, allo stesso modo in cui si è visto costituire in questo senso un effetto giuridico l'ingresso della nuova provincia o del nuovo Stato membro nello Stato unitario o federale[373]. L'analogia sarebbe assicurata dai fatto che in entrambi i casi sussisterebbe da un lato un ente reale: dato con un proprio ordinamento e dall'altro l'effetto giuridico della legittimazione dell'ordinamento in questione in base a una norma (eventualmente non scritta in entrambi i casi). Una volta riconosciuta l'analogia, poi, si dovrebbe concludere che se è vero che l'ente soggetto di diritto internazionale non nasce mai, a differenza della maggior parte delle p. g. interne inferiori, come effetto «automatico» di atti di volontà (negoziale, legislativa o costituente), esso nasce purtuttavia allo stesso modo di quelle p. g. interne inferiori che trovano invece la loro legittimazione nel diritto non scritto o spontaneo (costituzione in senso materiale o non scritta). *Ergo,* la sua nascita sarebbe ugualmente da configurare come un effetto giuridico nel senso che s'è visto.

A ben guardare però - e sempre prescindendo dalla dottrina di minoranza che vedremo - quest'analogia non solo non è dimostrata, ma è contraddetta dall'altro dato sopra rilevato e precisamente dal fatto che accanto alla necessità del «requisito» positivo dell'effettività dell'organizzazione dell'ente la dottrina e la prassi internazionalistica affermano concordemente l'inesistenza nell'ordinamento in questione di ogni criterio di «legittimità» (o «illegittimità») dell'ente soggetto[374]. Affermazione quest'ultima che esclude che la rilevanza attribuita all'effettività dell'organizzazione si debba intendere soltanto nel senso che l'ordinamento internazionale condizioni la «creazione» della persona giuridica alla realizzazione di una particolare situazione di fatto (organizzazione effettiva).

In tanto si potrebbe interpretare il fenomeno in questo senso, in quanto, una volta realizzata in fatto una data situazione, l'ordinamento internazionale *legittimasse* la struttura effettiva dell'ente contrapponendo così alla struttura effettiva stessa una serie di proposizioni normative che costituissero lo statuto o la costituzione *giuridica* dell'ente e il criterio di valutazione della conformità o meno della struttura al diritto in qualunque momento successivo. Che questa condizione sussista è peraltro escluso dal fatto che l'ordinamento internazionale, pur assumendo l'ente a soggetto, non dispone nulla riguardo al modo come questo dev'essere costituito e organizzato. La *legittimità* dell'ente resta del tutto irrilevante e quindi *inesistente* per l'ordinamento in questione, sia agli effetti di modifiche strutturali parziali, sia agli effetti del totale rinnovamento della sua costituzione interna in seguito a movimenti rivoluzionari parziali o generali. Il requisito

---

[373] *Infra,* p. 183, testo e nota 21.

[374] Che è appunto il secondo dei due dati rilevati. Per le persone giuridiche v. *supra,* p. 80 s.

dell'effettività, in altri termini, non ha nulla a che vedere con il requisito dell'effettività del trasferimento della cosa per l'acquisto del dominio in diritto romano e nemmeno con l'effettività del possesso. Nel primo di questi casi c'è sempre un titolo e un effetto giuridico costituito dalla tutela giuridica del godimento dell'oggetto da parte del *dominus*: tutela che non vien meno per il solo fatto del venir meno della disponibilità della cosa. Nel secondo caso c'è almeno l'effetto giuridico della tutela dello stato di fatto. Nel caso in esame, invece, l'organizzazione è soltanto un *quid* dato che il diritto assume a centro d'imputazione, senza costituire rapporti interindividuali intesi a mantenerla in vita, senza porre condizioni per la sua modifica, e senza opporre alcuna resistenza alla sua eventuale modifica pacifica o violenta né al suo annichilimento totale. Che è un fenomeno profondamente diverso non solo da quello che si verifica allorché l'ordinamento statuale assume a centro d'imputazione un'associazione, una fondazione, un comune o una provincia in seguito alla realizzazione di un atto specifico di volontà privata o pubblica[375], ma anche dall'assunzione a persona giuridica di uno Stato membro di Stato federale o di una provincia già autonoma attraverso fatti originari di diritto[376]. Ciò appare evidente quando si consideri l'atteggiamento dell'ordinamento internazionale rispetto all'ente legittimato in qualsiasi momento *successivo* alla supposta legittimazione *a posteriori*. L'ipotesi più significativa da questo punto di vista - e quella di più frequente realizzazione al giorno d'oggi, dato che la formazione «originaria» di uno «Stato»-soggetto è ormai soltanto un'ipotesi scolastica[377] - è la costituzione violenta di un nuovo ente soggetto nell'ambito d'un soggetto preesistente (insurrezione, secessione)[378]. Figura il cui parallelo di diritto statuale sarebbe il costituirsi violento d'una nuova associazione, di un nuovo Comune o di una nuova provincia o Stato membro nell'ambito di uno Stato unitario o federale alle spese di un'associazione, un Comune, una provincia, o uno Stato

---

[375] Cfr. con quanto si è detto *supra*, l. cit. nota prec.

[376] *Supra*, p. 57 s. Diciamo fatti *originari* di diritto (fatti normativi) in contrapposizione all'ipotesi di fattispecie giuridiche in senso formale, solo per considerare l'ipotesi apparentemente più vicina a quella della nascita d'un ente soggetto di diritto internazionale. Quell'ipotesi non è infatti la più frequente e non si verifica certo, p. es., nel caso degli Stati membri della federazione americana.

L'ammissione di un nuovo Stato nell'Unione - che ha avuto luogo ben di frequente in questo ordinamento - sì trova riassunta nei manuali di diritto costituzionale nelle seguenti fasi: 1) Organizzazione d'un governo nel territorio (qui si manifesta senza dubbio un'analogia con l'entrata d'uno Stato nella comunità internazionale); 2) Domanda di ammissione sottoposta dal territorio al Congresso; 3) Emanazione da parte del Congresso di un «enabling act», che stabilisce la procedura per la preparazione della costituzione del territorio [= posizione della norma *ad hoc* per la costituzione-legittimazione dell'ordinamento derivato]; 4) Preparazione della Costituzione da parte del territorio [= realizzazione della fattispecie della norma *ad hoc* di cui sopra]; 5) Risoluzione di ammissione del nuovo Stato da parte del Congresso [= sanzione specifica dell'ordinamento derivato da parte dell'ordinamento superiore]. Per le fasi elencate, v. WILLOUGHBY, *The constitutional Law of the United States*, New York 1929, p. 403 ss.; FERGUSON and MCHENRY, *The American System of Government*, 1947, p 114-15. Per dei casi non rientranti in questo schema, ma caratterizzati da un processo equivalente v. BISCARETTI di RUFFIA, *Contriuto* cit., p 236 ss. e i rif. *ivi*. Per la definizione generale del fenomeno v. JELLINEK, *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, Vienna, 1882, p. 46, 281; KUNZ, *Die Staatenverbindungen* cit., p. 219.

[377] Per la distinzione v. HOLLAND, *Lectures* cit, p. 90; ROMANO, *L'instaurazione di fatto* cit., p. 25, 28; BISCARETTI di RUFFIA, *Contributo alla teoria giuridica* ecc. cit., p. 27-35.

[378] V. i casi cit. sopra, nota 13, p. 178.

membro esistente[379].

Per cominciare dall'ipotesi di diritto interno, di fronte ad un fenomeno di secessione o d'illegittima assunzione di poteri nell'ambito di una persona giuridica, l'ordinamento dello Stato reagisce, come s'e visto, - a parte le conseguenze d'ordine penalistico - mantenendo in vita l'ente originario nella sua consistenza e struttura legale almeno sino a quando non si verifichi una modifica dello statuto nette forme dovute. Non solo l'ente che si contrapponesse a quello legittimo resterebbe per il diritto dello Stato una pluralità di soggetti (o un'associazione a delinquere), ma l'ente originario conserva la pienezza dei suoi averi e poteri. Se un Comune italiano o lo Stato del Texas fosse vittima di un movimento insurrezionale mirante a distaccare una frazione del comune o una contea dello Stato in comune o Stato separato, l'ordinamento superiore reagirebbe mantenendo in vita l'ente originario net suo territorio e netta sua popolazione originaria *sino a quando* non fosse placata l'insurrezione o il «legislatore», riconosciuta eventualmente l'opportunità di una scissione, non modificasse in un certo senso *e* l'ordinamento superiore *e* quello dell'ente. E ciò indipendentemente - salva l'ipotesi di estensione del movimento all'intero Stato ed annichilimento totale dell'ordinamento statuale stesso - dalle vicende del movimento insurrezionale in corso. Considerazioni che valgono, come vedremo, *mutatis mutandis,* per la stessa persona giuridica dell'intero Stato unitario o federale (posto che esista), che fosse colpita da un movimento insurrezionale separatista[380]. Molto diversamente stanno le cose, invece, nell'ordinamento internazionale.

In quest'ordinamento la reazione al fenomeno dell'insurrezione è esattamente l'opposta. In una ipotesi come l'ultima prospettata, l'ordinamento internazionale da un lato non qualifica come illecito il movimento, che è per esso altrettanto «illegittimo» o «di fatto» quanto il potere costituito[381] e tantomeno assoggetta a sanzioni gli individui che vi partecipano. Dall'altro lato - e questo è il fenomeno che conta- esso assume a soggetto distinto il partito-governo insurrezionale - sia pure a titolo c. d. «precario» ed a capacità limitatissima - nel corso stesso della lotta ed alla sola condizione che esso presenti un certo grado di consistenza e stabilità. Eventualmente, poi, a guerra civile conclusa, assume a soggetto un nuovo «Stato» separato. E nell'uno come nell'altro caso sempre indipendentemente dall'illegittimità del nuovo ente dal punto di vista dell'ordinamento originario. Al posto della «persona giuridica» originaria di diritto internazionale possono dunque trovarsene ad un certo momento due o più alla mera condizione - condizione *necessaria e sufficiente* - che il movimento separatista abbia avuto successo; e fermo restando eventualmente per suo conto - per un periodo di tempo più o meno lungo - l'ordinamento interno prerivoluzionario, che qualifica come persona

---

[379] Rinviamo per analogia alla posizione ricordata dei singoli Stati confederati durante la guerra di secessione (*supra*, p. 64 e nota 61 *ivi*). La differenza sta nel fatto che in quel caso la sola organizzazione reale esistente si poneva come illegittima per la ribellione, mentre nell'ipotesi fatta nel testo si tratta d'una seconda organizzazione reale che si contrappone a quella legittima.

[380] *Infra,* num. seg.

[381] V., sugl'insorti la Parte III di questo lavoro, Cap. III.

giuridica *il solo ente originario* nella sua integrità[382]. Prova evidente della passività dell'ordinamento internazionale nei confronti della c. d. persona giuridica dell'ente soggetto e dell'impossibilità di assimilare il procedimento formativo-estintivo degli enti soggetti al procedimento formativo-estintivo delle persone giuridiche del diritto interno[383].

E con questo è esaurito per il momento il confronto con le persone giuridiche parziali del diritto interno, che è il punto essenziale[384]. Resta il confronto con la persona giuridica totale del diritto interno, che è più scabroso ma porta allo stesso risultato.

5. - *B*) Poiché lo Stato come persona giuridica massima di diritto interno nasce come *fatto storico*, si potrebbe esser tentati di dire che se la natura di mero fatto della nascita-estinzione dell'ente soggetto esclude per le ragioni esposte l'analogia con la nascita-estinzione delle persone giuridiche *parziali*, essa non esclude invece l'analogia con la nascita-estinzione della persona giuridica totale dello Stato. Analogia che diventerebbe anzi *identità* tra i due fenomeni - in quanto attinenti all'ente e non alla qualità di soggetto - quando si considerasse, come generalmente si considera l'ente soggetto di diritto internazionale corrispondente allo Stato come lo stesso ente visto dall'esterno[385]. L'analogia scompare tuttavia senza possibilità di dubbio quando si tengano presenti le osservazioni svolte nel capitolo precedente sulla persona e l'organizzazione giuridica dello Stato. E la conclusione negativa in merito all'*analogia* (tra la nascita-estinzione dell'ente soggetto di diritto internazionale e la nascita-estinzione dello Stato *grosso modo* corrispondente) costituisce un dato importantissimo anche per

---

[382] V. gli esempi storici ricordati sopra, nota 23, p. 178.

[383] Ci limitiamo per il momento a questa costatazione, salvo a ritornare sull'argomento dell'insurrezione più avanti (v. *supra*, nota 26).

[384] Conformemente al nostro proposito di astenerci dal discutere il problema facendo leva sulle conseguenze logiche dei dato dualista o monista, abbiamo naturalmente messo da parte gli elementi differenziali tra gli enti soggetti e le persone giuridiche parziali (dal punto di vista in esame) che sì desumono dalla concezione dualistica del rapporto fra diritto internazionale e diritto interno.

Contro l'analogia fra l'assunzione a soggetto di un ente da parte del nostro ordinamento e l'effettiva incorporazione - tanto per fare l'ipotesi in cui l'analogia appare più giustificata - d'un nuovo Stato membro in uno Stato federale accompagnata dalla formazione di una norma di *ius non scriptum* che lo legittima, si potrebbe osservare, tra l'altro, che il rapporto fra Stato federale e Stato membro è profondamente diverso dal rapporto fra comunità giuridica internazionale e Stato. In sintesi, la differenza sta nel fatto che mentre l'ordinamento dello Stato membro diventa, per effetto della legittimazione, una parte dell'ordinamento federale, l'ordinamento dell'ente soggetto «legittimato» resta per l'ordinamento internazionale un mero fatto (dottrina dualista). Per dirla in termini più piani, mentre l'ordinamento federale che legittima l'ordinamento dello Stato membro *qualifica* la realtà sociale interna sottostante, l'ordinamento internazionale non qualifica affatto la realtà sociale interna degli Stati. Si dovrebbe rilevare soprattutto, da questo punto di vista, che mentre lo Stato membro o la provincia nuovamente ammessa si pone, rispetto alla comunità giuridica federale o unitaria, come una comunità interindividuale umana rispetto ad una comunità interindividuale della stessa natura, con la quale viene a fondersi nei suoi elementi individuali in una comunità giuridica maggiore, ponendosi rispetto a questa come comunità parziale, l'ente soggetto che si forma entra a far parte della comunità giuridica internazionale soltanto nella sua individualità totale e non nelle individualità di cui in fatto è composto. È evidente tuttavia che queste obbiezioni sarebbero valide solo alla condizione che sia valida l'interpretazione dualista del rapporto fra diritto internazionale e diritto interno. Interpretazione della quale vorremmo che la presente discussione costituisse eventualmente una conferma piuttosto che una deduzione.

[385] Che è un'idea piuttosto diffusa (*Supra*. p. 25 ss.).

dimostrare l'insostenibilità dell'identificazione dominante fra l'ente soggetto di diritto internazionale e lo Stato *grosso modo* corrispondente[386]. L'elemento che esclude sia l'analogia fra i due fenomeni dal punto di vista dei due ordinamenti sia l'identità dei due «enti» si desume dal fatto che il rapporto fra *l'ente soggetto* di diritto internazionale e il diritto internazionale stesso si presenta in termini completamente diversi dal rapporto fra la persona o l'organizzazione dello Stato e il diritto interno.

La ragione per cui lo Stato dal punto di vista del diritto interno s'identifica con il contenuto del suo ordinamento storicamente esistente sta nel fatto che la persona giuridica o l'organizzazione «dello Stato» è per il diritto interno esistente quella *legittima*, non quella che in fatto esiste e che può venir meno senza che venga meno lo Stato soggetto. E l'organizzazione legittima in questo senso è quella che si desume dal contenuto delle norme di organizzazione della società o dall'intero suo ordinamento, in contrapposto all'organizzazione o alla struttura materiale «reale» della società in un dato momento storico. Fondamentalmente, dunque, l'identificazione dello Stato con l'ordinamento (o con quella parte dell'ordinamento che contempla l'organizzazione dei pubblici poteri) è in sostanza il risultato della contrapposizione fra l'essere storico-sociale e il dover essere giuridico (che la società stessa, beninteso, esprime), e della scelta, fra questi due elementi, di quello che solo potrebb'essere preferito dal punto di vista dell'ordinamento giuridico stesso[387].

Se ora si considera la nascita-estinzione degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale alla luce dei dati rilevati non è difficile rendersi conto che è esclusa in questo caso la stessa possibilità della contrapposizione fra un ente legittimo e un ente reale. L'ordinamento non solo eleva a soggetti gli enti *comunque organizzati* che presentino certi requisiti, ma non nega la soggettività agli enti sorti nello stesso ambito di comunità esistenti in contrasto con le loro leggi e la loro struttura giuridica interna. Non si avrebbe che da ripetere quanto si è detto in merito all'indifferenza dell'ordinamento per il modo come gl'individui si organizzano in Stato ed all'atteggiamento passivo che esso suole tenere di fronte al fenomeno dell'insurrezione e del c. d. «governo di fatto» locale o generale. Per l'ordinamento internazionale esiste il governo «effettivo» non il governo «legittimo», né più né meno di come per il diritto interno esiste l'individuo vivo e vitale o semplicemente vivo e non l'individuo legittimo o illegittimo[388]. Così stando le cose, è chiaro che dei due termini fra i quali si deve necessariamente scegliere quando si vuol determinare l'identità della persona giuridica Stato dal punto di vista del diritto interno, non ne esiste per l'ordinamento internazionale che uno solo: l'entità storico-sociale «effettivamente organizzata». La nascita e l'estinzione dell'ente soggetto, quindi, è un *fatto* in un senso completamente diverso da quello in cui è un fatto la nascita e l'estinzione dello Stato del diritto interno. Qui il fenomeno consiste in un insieme di fatti

---

[386] Vengono a coincidere in questo punto i due compiti che ci siamo posti: verifica della nozione dell'ente soggetto come persona giuridica in genere e verifica dell'identificazione dell'ente soggetto corrispondente ad uno Stato con lo Stato stesso (*Supra*, p. 38).

[387] *Supra*, p. 98-99.

[388] MESSINEO, *Manuale di dir. civ. italiano* cit., I, 1950, p. 207.

storici nel senso specifico di fatti che danno luogo a un'organizzazione effettiva che costituisce l'attuazione o la produzione dell'ordinamento, ossia di quel sistema di norme che, qualificando la realtà sociale sottostante all'ente morale, determinano nel loro contenuto lo Stato come persona e organizzazione giuridica. Pel diritto internazionale la nascita dell'ente soggetto è invece il fatto storico-sociale *in quanto tale* e soltanto in quanto tale nella sua *totalità, ivi* compreso il fenomeno *storico* dell'esistenza dell'ordinamento in quanto elemento che cementa e plasma con la sua effettiva azione normativa - questa volta si tratta proprio di «cementare» e plasmare»[389] - la realtà sociale nella quale l'ente soggetto materialmente si risolve. In entrambi i casi ci troviamo di fronte, sì, fondamentalmente e da un punto di vista assoluto, a un fenomeno di organizzazione sociale. Questo fenomeno, però, da un lato dà vita ad una serie di qualificazioni giuridiche della realtà sociale interindividuale - l'ordinamento giuridico interno -, il cui contenuto corrisponde a un ente che dev'essere ossia ad un ente giuridico. Dall'altro dà vita in fatto, ed eventualmente in attuazione di quegli stessi dover essere, ad un'organizzazione effettiva della società in questione che quei dover essere contribuiranno (insieme con altri fattori) a preservare e sviluppare, ma che s'inserisce come tale nella vita di relazione internazionale e come tale è assunta a punto di riferimento di diritti e doveri dall'ordinamento internazionale. E lo stesso vale, *mutatis mutandis*, per l'estinzione.

Quali siano gli elementi dell'ente sociale e il loro grado di coesione e quale sia soprattutto la misura in cui essi coincidono con l'intera società più o meno organizzata è questione per il momento secondaria. Più avanti vedremo come o meglio in quanti modi essa si presenti e possa presentarsi nella realtà storica sottostante all'ordinamento internazionale, inteso come sistema di nome regolatrici dei rapporti degli enti dati fra loro[390]. Quel che importa per il momento notare è che l'inesistenza nell'ordinamento internazionale di proposizioni normative dalle quali risulti *come* l'ente dev'essere organizzato e il fatto che l'ordinamento stesso si contenti di un certo grado di efficienza di *qualsiasi* forma di organizzazione, esclude la contrapposizione fra organizzazione legittima e di fatto e quindi fra persona *legittima* e *reale* ed *a fortiori* la «priorità» della seconda sulla prima agli effetti giuridici internazionali. Il che implica inevitabilmente la identificazione dell'ente soggetto con un *quid* reale dato anziché (come avviene per lo Stato del diritto interno) con il contenuto di una serie di proposizioni normative; e l'identificazione della nascita dell'ente medesimo non già con la produzione di quelle proposizioni normative, bensì col fatto storico dell'organizzazione. Fatto storico nel quale le proposizioni medesime eventualmente sorte appaiono confuse totalmente anch'esse come fattori e indizi del modo di essere iniziale dell'ente o della sua persistenza.

Questa logica deduzione, delle cui specifiche contraddizioni in dottrina ci occuperemo fra breve, può apparire azzardata solo quando si confronti l'ente soggetto di diritto internazionale con la persona interna dello Stato dal punto di vista statico e in

---

[389] Cfr. *supra*, p. 54 s., 81 per le persone giuridiche in genere e p. 114 s. per la persona giuridica dello Stato.

[390] V. la Parte III, Cap. II.

condizioni normali. Se si considera in un dato momento storico l'ente soggetto *A* corrispondente all'organizzazione effettiva attuante il contenuto dell'ordinamento statuale *A′*, può venir fatto d'identificare senz'altro l'ente soggetto *A* con l'ente giuridico[391]. Ma la cosa cambia aspetto sol che si considerino due situazioni che possono verificarsi in un momento storico successivo: l'organizzazione effettiva *A* non attui in qualche sua parte il contenuto dell'ordinamento statuale *A′*; oppure all'organizzazione effettiva *A* si contrapponga in fatto l'organizzazione effettiva *B*. Nel primo caso l'ordinamento internazionale (supponendo sempre per il momento che l'ente reale assunto a soggetto s'identifichi materialmente in ogni caso con l'intera realtà statuale) continua ad assumere senz'altro a soggetto l'organizzazione modificata *A*, mentre per l'ordinamento interno lo Stato s'identifica sempre con *A′* e la modifica parziale di *A* è una situazione antigiuridica. Nel secondo caso, l'ordinamento internazionale assume a soggetto *A* e *B*, nonostante che l'ordinamento interno originario assuma sempre a centro strumentale d'imputazione l'organizzazione *A′* (l'ente *B* costituendo per esso una situazione antigiuridica, ed *A* solo una *parziale* attuazione dell'organizzazione legittima). Se fosse vero che *A* era inizialmente uguale ad *A′*, nella prima ipotesi l'ordinamento internazionale dovrebbe valutare come antigiuridico il mutamento parziale di *A*. Nella seconda ipotesi dovrebbe qualificare come antigiuridico *B*. E non varrebbe obbiettare nel primo caso che la situazione antigiuridica (interna) viene sanata in un secondo momento in quanto l'organizzazione effettiva A modificata si adegui all'organizzazione voluta dall'ordinamento *A′*, o l'ordinamento *A′* si adegui all'organizzazione effettiva modificata *A*. Resterebbe sempre il fatto che mentre l'ordinamento interno *A′* valutava l'organizzazione modificata A come antigiuridica ed esercitava ed ha continuato ad esercitare per un certo periodo sulla realtà sociale (cioè sugl'individui membri-agenti della società in questione) un'azione tendente ad ottenere che *A* si adeguasse ad *A′* (oppure si adeguava esso stesso ad *A* modificata), l'ordinamento internazionale è rimasto del tutto estraneo sia alla valutazione della situazione sia all'azione di adeguamento della situazione al diritto (o del diritto alla situazione). Né varrebbe osservare nel secondo caso che la situazione antigiuridica interna viene sanata a un certo punto sia che *B* venga meno lasciando che *A* torni a corrispondere al contenuto dell'ordinamento *A′*, sia che da un lato *A′* venga a modificarsi restringendo il proprio ambito spaziale-personale per far posto a *B* ed eliminando le norme che valutano *B* come situazione antigiuridica, e dall'altro all'organizzazione effettiva *B* venga a corrispondere l'ordinamento o l'organizzazione giuridica *B′* legittimandosi così anche *B*. Relativamente alla prima ipotesi resterebbe anche in questo caso il fatto che, mentre l'ordinamento interno originario *A′* «resisteva» a *B*, l'ordinamento internazionale era ancora una volta del tutto indifferente a questa azione (se addirittura non la ostacolava riducendo la consistenza spaziale-personale di *A* nella proporzione in cui *B* l'assorbiva). E relativamente alla seconda ipotesi resterebbe il fatto che l'ordinamento internazionale assumeva a soggetto *anche B* accanto ad *A* prima e indipendentemente dalla modifica di *A′*[392].

---

[391] Si pensi allo «Stato»-soggetto corrispondente alla repubblica cinese, francese, italiana in condizioni normali.

[392] Lo stesso ragionamento si potrebbe ripetere, *mutatis mutandis*, per l'ipotesi che la formazione storico sociale

Nemmeno varrebbe obbiettare, relativamente a tutte le ipotesi menzionate, che una variazione d'ordine giuridico internazionale ha luogo quasi sempre in seguito al mutamento della struttura o consistenza effettiva dell'ente, in quanto venga a modificarsi la capacità giuridica dell'ente soggetto dato o sorga eventualmente un soggetto nuovo. Si confonderebbe l'effetto giuridico costituito dalla soggettività (e capacità) in senso stretto e dalle sue modifiche con gli effetti costituiti dalle variazioni dell'organizzazione giuridica dell'ente. Si dimenticherebbe soprattutto che il primo e comune alle persone reali e alle persone giuridiche[393], mentre il fenomeno dell'organizzazione giuridica è proprio delle persone giuridiche soltanto[394]. È logico ritenere dunque che anche nelle situazioni normali non esiste per l'ordinamento internazionale un'organizzazione od un ente giuridico che si contrapponga a quello storico. Se l'organizzazione o l'ente giuridico esistesse farebbe sentire la sua presenza in caso di crisi. È chiaro di conseguenza che l'ente soggetto nasce si modifica e si estingue in linea di mero fatto, e non somiglia alla persona giuridica interna dello Stato più di quanto non somigli alle persone giuridiche parziali del diritto interno stesso. Ed è evidente che in queste condizioni non è possibile identificarlo con l'ente giuridico Stato dal punto di vista del diritto interno nemmeno nei casi in cui corrisponde *grosso modo* a una società organizzata a Stato.

6. - I dati raccolti sarebbero sufficienti al fine immediato del confronto degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale con le persone giuridiche in senso tecnico dal punto di vista in esame. Si dovrebbe costatare, precisamente, che da questo punto di vista gli enti soggetti presentano una differenza d'importanza fondamentale rispetto alle persone giuridiche in senso tecnico.

Senonché, l'affermazione presso che generale della natura di fatto degli enti soggetti si trova affiancata in dottrina a prese di posizione e a proposizioni che, quando addirittura non la contraddicono, ne falsano la portata al punto da impedire alla stessa dottrina dominante di trarne le conseguenze che ne andrebbero tratte agli effetti della nozione degli enti soggetti. A parte gli errori determinati dalla imprecisa nozione di questi enti dal punto di vista materiale, e in particolare dalla concezione tradizionale dello Stato e del governo come entità separate al pari dell'ente soggetto dall'«organo» o l'insieme degli «organi» - punti sui quali dovremo intrattenerci più avanti[395] -, queste contraddizioni derivano dal gioco d'una complessa serie di fattori di teoria delle persone giuridiche e dello Stato e di teoria dell'ordinamento internazionale, che .allontanano la dottrina dalla percezione della realtà in duplice senso. Una parte della dottrina (monisti), sia perché esclude la soggettività giuridica degli enti diversi dagli esseri umani sia perché concepisce il fenomeno giuridico come necessariamente unitario, insiste nel voler

---

B - l'istituzione B, per intenderci - si sostituisca ad *A* facendo saltare l'ordinamento *A'* ed esprimendo dal proprio seno l'ordinamento, *B'*: che è l'ipotesi di *rivoluzione totale* distinta dalla *rivoluzione parziale* o *smembramento* considerata nel testo. Non vi insistiamo per il momento perché avremo occasione di ritornare sull'argomento più avanti *(infra,* questa stessa sez., p. 200 ss. e rinvio *ivi*).

[393] *Supra*, p. 58 ss., 96.

[394] *Supra*, l. cit.

[395] V. il Cap. seguente.

costruire la nascita-estinzione degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale a somiglianza della nascita-estinzione delle persone giuridiche in senso stretto giustamente o più giustamente intese come strumenti tecnici, ordinamenti giuridici o almeno comunità giuridiche dal punto di vista dell'ordinamento superiore. Questa dottrina tende precisamente a forzare la realtà giuridica internazionale, ravvisando nella nascita degli enti in questione oltre o invece del mero fenomeno di soggettività un'operazione di «legittimazione», «derivazione» o «creazione» dell'ordinamento o della p. g. dello Stato. Idea che si ricollega alla serie dei teoremi della dottrina monista[396]. Un'altra parte della dottrina, pur mantenendosi più fedele alla realtà giuridica internazionale e pur respingendo, in particolare, l'idea delta necessaria unità del mondo giuridico - e in particolare quella della «derivazione» o «legittimazione» degli ordinamenti interni degli «Stati» dall'ordinamento internazionale -, da un lato non percepisce, per l'erronea «realistica» concezione delle persone giuridiche che professa, la *differentia specifica* del procedimento costitutivo-estintivo delle persone giuridiche e dall'altro non distingue - e questo difetto è legato al primo - fra la qualità di soggetto e l'ente nel fenomeno della persona in genere: con la conseguenza che finisce per non intendere il significato della natura di fatto del procedimento formativo-estintivo degli «Stati»-soggetti. E di qui una serie di affermazioni incoerenti più o meno esplicite che si riscontrano ad ogni piè sospinto nella stessa dottrina dualista, e che vanno dall'affermazione che la nascita e l'estinzione degli «Stati»-soggetti sarebbero dei fatti contemplati da una norma attributiva dell'effetto della nascita o estinzione di uno «Stato»-soggetto - il che dovrebbe implicare, ma poco coerentemente non implica, una adesione alla tesi monista - all'identificazione universalmente condivisa degli enti soggetti con le istituzioni o persone giuridiche degli «Stati».

Nelle pagine che seguono cercheremo d'individuare i punti deboli di queste due tendenze. In linea generale si può dire che i monisti (e specialmente il Kelsen), più avveduti e coerenti dal punto di vista della nozione di persona giuridica che applicano - e sopratutto più consapevoli delle conseguenze implicite nella qualificazione degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale come persone giuridiche - forzano la realtà delle cose quando pretendono di costruire come «effetti giuridici»dei fenomeni che non lo sono. I dualisti, più aderenti alla realtà giuridica internazionale. si contraddicono allorché credono di poter assimilare alla nascita-estinzione delle persone giuridiche in senso stretto un fenomeno che assolutamente non ne presenta gli estremi. Ma non è tutto qui né dal punto di vista della nozione degli «Stati»-soggetti né da quello della teoria generale dell'ordinamento[397].

7. - La tendenza più lontana dalla realtà è quella che contrappone alla concezione degli «Stati»-soggetti come fatti, la teoria della nascita modificazione ed estinzione degli Stati come fenomeni giuridici internazionali. Teoria che è sostenuta specialmente da

---

[396] *Infra*, p. 193 ss.

[397] Limiteremo perlopiù la discussione al tema specifico del presente lavoro e di questa parte. Le conseguenze da trarre dai dati raccolti per la teoria generale dell'ordinamento saranno tratteggiate brevemente nel capitolo seguente (III di questa Parte), accanto a quelle che riguardano il tema specifico. Molte di esse appariranno tuttavia evidenti nel corso della discussione.

autori monisti e soprattutto dal Kelsen, dal Verdross, dal Kunz, dallo Scelle e dal Guggenheim[398]. Dato che fra questi scrittori ci sono differenze notevoli, conviene esaminare separatamente la teoria del Kelsen e le teorie degli altri quattro.

Il Kelsen non si pone nemmeno lui il problema della formazione ed estinzione degli *enti* corrispondenti agli Stati (o agli enti assimilati) ma il problema della formazione o dell'estinzione degli *Stati* puramente e semplicemente. In questo modo di procedere egli segue in sostanza la larghissima maggioranza della dottrina che per l'appunto identifica senz'altro gli enti soggetti corrispondenti agli Stati con gli Stati stessi[399].

Poiché d'altra parte il Kelsen identifica lo Stato con l'ordinamento giuridico, egli pone senz'altro il problema come quello dell'origine e del fondamento di validità degli ordinamenti giuridici statuali. Posto il problema in questi termini, il Kelsen procede a risolverlo alternativamente secondo le due note ipotesi. il primato del diritto statuale e il primato del diritto internazionale.

Se - dice il Kelsen - si parte dall'ipotesi del primato del diritto statuale, l'esistenza dello Stato (ossia l'esistenza dello stesso ordinamento giuridico) - e in ciò, a parte la teoria della norma base, egli concorda con una dottrina presso che pacifica del diritto costituzionale[400] - si presenta come un fatto. Come un fatto, parimenti, si presenterebbe la sua estinzione. L'«ultima fonte» di validità dell'ordinamento non troverebbe in tal caso il fondamento della sua validità in alcun ordinamento giuridico positivo superiore e si

---

[398] Su posizioni analoghe a quelle della dottrina monista dello «Stato nel senso del diritto internazionale» si trovano un numero notevole di autori di tendenza monista più o meno decisa e persino certi dualisti. Per questi ultimi, a parte le vere e proprie deviazioni in senso monistico che vedremo *infra*, p. 231 ss., si tratta per lo più di incongruenze o improprietà (come la teoria dell'Anzilotti dello «Stato del diritto internazionale» già considerata sopra, nota 32, p. 20 s.), incongruenze e improprietà che verremo rilevando nel corso della discussione e nella conclusione e che trovano origine nei fattori di teoria generale che vedremo *infra*, 226 ss. Quanto ai primi, non mette conto di soffermarvisi perché a parte i precursori della teoria (come il SANDER, *Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung*, nella *Zeitschrift d. öff. Rechts*, I, 1919, p. 132 ss. e KRABBE, *Die moderne Staatsidee*, 2ª, 1919, p. 264 ss., spec. 269 ss.), si tratta di variazioni sulle teorie più coscienti e complete inquadrate in concezioni pseud-o meno coerentemente moniste (come quella di WOLGAST, *Völkerrecht* cit., p. 790-93 e del KAUFMANN, *Règles gén. du. dr. de la paix*, nel *Recueil* cit., 1935, IV, p. 328 ss., spec. 348 ss.).

V. ancora in vario senso, MERKI, *Das Problem der Rechtskontinuität und die Ford. des einheitlichen Weltb*, nella *Zeitschrift d. öff. Rechts*, V, 1926, p. 497 ss.; METALL, *Skizzen zu einer Systematik d. völkerrechtl. Quellenrlehre*, nella stessa *Zeitschrift* XI, 1931, p. 416 ss.; ROHATYN, *Die juristische Theorie der Revolution*, nella *Rev. internat. de la théorie du droit*, 1930, p. 193 ss., spec. 218 ss.; e CARBONE, *La teoria della rivoluzione*, nella *Riv. internaz. di fil. del dir.*, 1932, p. 101 ss.

[399] Come s'è visto il Kelsen giustamente avverte i dualisti della contraddizione in cui incorrono quando qualificano i soggetti come «Stati» e riconosce impropriamente all'Anzilotti il merito di avvertire questa incongruenza (*supra*, p. 22, nota 34). È naturale peraltro che, pur ammettendo forse con questo che l'ente soggetto possa essere eventualmente un «oggetto» diverso dallo Stato, il Kelsen sia portato ugualmente dalle sue premesse ad identificare senz'altro il problema della formazione-estinzione degli enti soggetti con quello della formazione-estinzione degli *Stati*. A ciò il Kelsen arriva deduttivamente sia dall'idea secondo la quale non si .darebbero enti collettivi soggetti di diritto ma solo individui fisici, e dalla concezione che necessariamente ne deriva degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale come entità giuridiche, *procédés techniques*, ordinamenti giuridici (persone giuridiche); sia dalla visione monistica del diritto che, aggiunta all'identificazione dello Stato con l'ordinamento giuridico - concezione esatta, a nostro avviso, per lo Stato in senso giuridico interno -, lo porta a identificare anche gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale con gli ordinamenti giuridici statuali.

[400] Per un'opinione contraria, *infra*, p. 233 ss.

presenterebbe pertanto come l'ipotetica norma base[401] «qualifying the "Fathers of the Constitution" as a law creating authority»[402]. Se si parte, invece, dall'ipotesi del primato del diritto internazionale, il fondamento dell'ordinamento giuridico statuale non si ritroverebbe più in una norma *ipotetica* bensì in una norma di diritto internazionale *positivo*[403]. Di conseguenza, la nascita dello Stato costituirebbe un problema giuridico da risolvere in base a questa norma. E analogamente per l'estinzione e le modificazioni. Al pari del caso d'una persona giuridica, quindi, nell'ipotesi del primato del diritto internazionale ci troveremmo di fronte ad una norma dell'ordinamento superiore che ricollega alla realizzazione d'una fattispecie l'effetto dell'esistenza dell'ente morale. La norma sarebbe il principio dell'effettività. La fattispecie sarebbe costituita dall'originario materiale costituirsi d'uno Stato, o più esattamente dal costituirsi effettivo di un ordinamento o di un'organizzazione umana su un dato territorio, quale che sia il modo della costituzione e il contenuto dell'ordinamento[404]. L'effetto, più e oltre che dalla soggettività giuridica dell'ente morale, sarebbe costituito dall'esistenza dello Stato come ordinamento giuridico, vale a dire dalla legittimazione dell'ordinamento statuale da parte dell'ordinamento internazionale e dalla delimitazione del suo ambito di validità. Nell'ipotesi del primato del diritto internazionale, questa configurazione del fenomeno dovrebbe essere ammessa, secondo il Kelsen, non soltanto da coloro che identificano lo Stato con il diritto, ma anche da coloro che distinguono le due cose, perché «on doit généralement reconnaître qu'il faut, pour qu'une collectivité puisse être considérée comme un Etat, qu'elle soit dotée d'un ordre juridique»[405] [406].

---

[401] V. spec. *Das Problem der Souveränität* ecc. Cit., p. 236: «soferne man die einzelstaatliche Rechtsordnung. als souverän voraussetzt, muss die Frage nach ihrer ersten Entstehung notwendigerweise ausserhalb des Rahmens einer juristischen, d. h. mit der Verfassung bereits als mit einer Hypothese arbeitenden Betrachtung fallen, muss metajuristischer Natur bleiben».

[402] *General Theory* cit., p. 367.

[403] «If... we take into account international law - dice il Kelsen *(General Theory* ecc. cit., p. 367-68) - we find that this hypothetical norm can be derived from a positive norm of this legal order: the principle of effectiveness. It is according to this principle that international law empowers the "Fathers of the Constitution" to function as the first legislators of a State. The historically first constitution is valid because the coercive order erected on its basis is efficacious as a whole. Thus, the international legal order, by means of the principle of effectiveness, determines not only the sphere of validity, but also the reason of validity of the national legal orders. Since the basic norms of the national legal orders are determined by a norm of international law, they are basic norms only in a relative sense. It is the basic norm of the international legal order which is the ultimate reason of validity of the national legal orders, too». Ma già *Das Problem der Souveränität* cit., spec. 235 ss»; *Allgemeine Staatslehre*, 126-128. E v. anche SANDERS, *Das Faktum der Revolution* cit., p. 156.

[404] V. *Das Problem* cit., p. 235 ss. e l'*Allgemeine Staatslehre* cit, p. 126-127: « Ein Staat im Sinne der Völkergemeinschaft ist dann gegeben wenn sich eine unabhängige Herrschergewalt über Menschen innerhalb eines bestimmten Gebietes etabliert, mit anderen Worten: wenn faktisch eine keiner auderen als der Völkerrechtsordnung unterstellte Zwangsordnung menschlichen Verhaltens für einen bestimmten Bereich wirksam wird. In welcher Weise diese Herrschergewalt konstituiert, d. h. die Rechtsordnung erzeugt wird, ob demokratisch oder autokratisch, welchen Inhalt diese Ordnung annimmt, das bleibt ihr vom Völkerrecht überlassen». V. anche, in senso analogo, *Contribution à la théorie du traité international*, nella *Rev. Internat. de la théorie du droit,* 1936, p. 273 ss. (§ 31 ss.).

Il Kelsen vede nella norma generale costitutiva dello Stato il surrogato del riconoscimento (costitutivo) (v. la seconda *Op.* cit., spec. p. 126 in fine 127).

[405] *La naissance de l'Etat et la formation de sa notionalité, Les principes, leur application au cas de la Tchécoslovaqwie,* nella *Rev. de dr. internat.,* Paris, 1929, p. 614. Così fanno, infatti, gli autori monisti che non

Il ragionamento del Kelsen è logicamente impeccabile e s'ispira ad una concezione giuridica della persona giuridica che sostanzialmente condividiamo. Esso ha il difetto, però, di essere viziato nel punto di partenza e nel risultato specifico. Innanzi tutto la necessità dell'esistenza della norma di diritto internazionale costitutiva dello «Stato» è dimostrata dal Kelsen deduttivamente sulla base di una petizione di principio. In secondo luogo, la «norma» in questione appare totalmente sprovvista di contenuto normativo. In terzo luogo, infine, l'Autore citato non solo non dimostra l'esistenza della norma, ma pone lui stesso esplicitamente in dubbio che si tratti di una norma di diritto positivo.

8. - A) La necessità che l'«ipotesi» della sovraordinazione dell'ordinamento internazionale agli enti soggetti corrispondenti agli Stati (o ritenuti tali) implichi l'esistenza di una norma di diritto internazionale che dica che cosa sia uno «Stato» e ne legittimi l'esistenza e l'ambito di competenza, è dimostrata dal Kelsen *deduttivamente* sulla base del principio sul quale si fonda tutta la sua costruzione unitaria del mondo giuridico. Ogni ordinamento giuridico regolerebbe, come s'è visto, *esclusivamente comportamenti di uomini*[407]. Dovunque le dottrine organiche e sociologiche delle persone giuridiche vedono delle unità sociologiche, degli «enti reali», esistono solo, secondo il Kelsen, degli «strumenti tecnici» utilizzati dal diritto per la disciplina di rapporti interindividuali. E dato che per l'ordinamento internazionale varrebbe la stessa cosa, esso sarebbe soltanto concepibile - nell'ipotesi del suo «primato» - in senso lato come ordinamento della *civitas maxima* interindividuale (ordinamento dell'umanità), in senso stretto come ordinamento degli ordinamenti (diritto super-costituzionale dell'umanità) e in ogni caso in funzione interindividuale. L'ordinamento internazionale troverebbe negli ordinamenti interni il completamento di quelle sue norme (la maggior parte) che senza di essi non arriverebbero a svolgere la loro azione sugli individui soggetti, e gli ordinamenti statuali troverebbero nell'ordinamento internazionale la fonte della loro legittimità e la delimitazione della loro sfera di competenza. Che è il rapporto reciproco di complementarietà che fa dire al Kelsen che lo Stato (ordinamento statuale) «presuppone» l'ordinamento internazionale e l'ordinamento internazionale «presuppone» lo Stato (ordinamento statuale)[408]. Anche da questo punto di vista lo «Stato»-soggetto diventerebbe quindi necessariamente un'entità «creata», «legittimata» e «derivata»

---

condividono la nozione meramente giuridica della persona giuridica professata dal Kelsen. V. *infra*, 214 ss.

[406] Sulla « fattispecie» del Kelsen, v., fra gli altri, BISCARETTI DI RUFFIA, *Op.* cit., p. 47-49, e già CAVAGLIERI, *I soggetti* cit., p. 19 ss. dell'estr. e più recentemente QUADRI, *Stato* cit., p. 4 ss. dell'estr., tutti in senso critico. Vedremo tuttavia che l'atteggiamento di questi ed altri autori dualisti è reso poco chiaro dalla frequente confusione tra la fattispecie della *legittimazione* e quella della *soggettività* dell'ente. Il Kelsen intende parlare della prima. Altrettanto ambiguo, come vedremo, è l'atteggiamento favorevole del Verdross (*infra*, p. 214 ss.). La posizione dualista sarà discussa *infra*, p. 224 ss.

[407] *Supra*, p. 87 ss. e sez. seg.

[408] Anche i dualisti parlano, come s'è accennato, dello «Stato» come «presupposto» dal diritto internazionale, soprattutto in quanto formazione di fatto (*infra*, p. 224). Senonché mentre per i dualisti l'affermazione ha o dovrebbe avere senso negativo (passivo), per i monisti essa ha senso positivo (attivo). Gli stessi dualisti, tuttavia, non avvertono pienamente, come vedremo, il significato negativo della loro asserzione e finiscono anzi spesso per contraddirla (*infra*, p. 224 ss.).

dall'ordinamento superiore al pari delle persone giuridiche rispetto al diritto interno. È evidente però che la rispondenza di questo ragionamento alla realtà dipende dalla rispondenza alla realtà della premessa: e non solo quella dell'esistenza di un ordinamento internazionale e della sua posizione superiore ad ogni altro ordinamento - (e dico «superiore a in senso non necessariamente giuridico-formale): - che è un punto che assumiamo anche noi come dato; ma anche quella della destinazione individuale dei «comandi» contenuti nelle norme di diritto internazionale, ovvero (ch'è lo stesso) la validità assoluta di quella «legge» presupposta dal Kelsen e secondo la quale non si darebbe mai il fenomeno di ordinamenti che rivolgano i loro comandi a dei gruppi di fatto tali quali storicamente si presentano.

Il massimo appoggio alla tesi del Kelsen viene dal fatto che essa corrisponde alla concezione secondo la quale le persone giuridiche costituirebbero delle mere creazioni dell'ordinamento giuridico in funzione della disciplina di rapporti interindividuali, e quindi dei *procédés techniques*. Che è la concezione a nostro avviso più rispondente, con le riserve che abbiamo viste, alle caratteristiche del fenomeno della persona giuridica. Anche per noi le persone giuridiche che si costituiscono nell'ambito degli ordinamenti interindividuali - come sono certamente gli ordinamenti statuali - s'identificano dal punto di vista giuridico con organizzazioni giuridiche intersoggettive (interindividuali), o con centri giuridici d'imputazione creati dal diritto in funzione d'interessi individuali. Anche per noi lo Stato in senso giuridico - dal punto di vista dell'ordinamento interindividuale interno - è un'entità giuridica e uno strumento tecnico per il regolamento di rapporti interindividuali. Anche per noi quindi *se fosse vero* che l'ordinamento internazionale è l'ordinamento della «civitas maxima» *interindividuale,* o *se fosse vero* che l'ordinamento internazionale ha per oggetto il regolamento di rapporti fra gli *Stati* intesi come solo possono essere intesi dal punto di vista giuridico interno, non si potrebbe non pervenire all'identificazione degli *enti soggetti* dell'ordinamento internazionale con le organizzazioni o gli ordinamenti *giuridici* corrispondenti alle massime ripartizioni della «civitas maxima» stessa. Con l'ulteriore conseguenza che si dovrebbe necessariamente ammettere che la nascita e l'estinzione degli enti soggetti - nel senso improprio che questa espressione verrebbe ad assumere in questa ipotesi - costituiscano dei fenomeni giuridici internazionali. Sarebbe evidentemente inconcepibile, in questa ipotesi, che l'ordinamento *interistituzionale* non si occupasse della legittimazione e delimitazione delle *istituzioni* interindividuali delle quali si serve. Qualora ciò non si verificasse - sempre partendo da quella ipotesi - se ne dovrebbe concludere che l'ordinamento internazionale non è un ordinamento giuridico.

Come già si è detto, però, la concezione giuridica delle persone giuriche non trova la sua giustificazione nell'impossibilità (indimostrata) che il diritto assuma a soggetti enti diversi dagli individui fisici[409], ma si fonda sul dato che tutti gli enti che negli ordinamenti interindividuali moderni vanno sotto quella qualifica non coincidono o non coincidono necessariamente e in ogni momento della loro esistenza con quello che

[409] La si potrebbe dimostrare proprio in base alla negazione della giuridicità dell'ordinamento internazionale *(infra* Cap. seguente). E qualche elemento nell'uno o nell'altro senso si potrebbe trovare nello studio della questione che divide i romanisti in merito alla natura del diritto interfamiliare o intergentilizio *(supra,* nota 93, p. 89).

comunemente viene denominato il «sostrato» della personalità giuridica degli «enti astratti», e nel quale soltanto si potrebbe ravvisare una entità reale. E ciò perché il diritto statuale, in quanto ordinamento di una società d'individui, provvede, tra l'altro, all'organizzazione di associazioni e istituzioni con le conseguenze che abbiamo viste agli effetti della determinazione della loro identità ed organizzazione giuridica[410]. L'essenza meramente giuridica delle persone giuridiche, dunque, non implica necessariamente che sia esatta la legge del carattere interindividuale di ogni rapporto, norma od ordinamento giuridico. Anche se non si fossero mai dati ordinamenti statuali nei quali dei gruppi erano assunti direttamente a titolari di situazioni soggettive[411], nulla esclude che essi lo siano in un ordinamento diverso. Nulla esclude in particolare che lo siano proprio nell'ordinamento internazionale come la dottrina - e non solo quella dichiaratamente dualista - va implicitamente affermando da tempo[412]. Non si può escludere *a priori* perciò, nonostante si tratti di gruppi, che i soggetti in questione costituiscano degli enti di fatto anziché giuridici. Non si può escludere, p. es., che essi corrispondano *grosso modo* - salvo precisazioni ulteriori - alle società organizzate a Stati considerate *nella loro totalità storica* e come degli «*essere*» anziché agli *enti giuridici* «*Stati*» corrispondenti al contenuto normativo degli ordinamenti che quelle società organizzate esprimono e che su queste società agiscono. E la questione di sapere se si tratti dell'una o dell'altra cosa si risolve proprio nella questione di sapere se si tratti di persone giuridiche - cioè d'istituzioni interindividuali - coincidenti con gli enti giuridici Stati dei rispettivi ordinamenti. In altri termini, è proprio la soluzione della questione di sapere se quelli che la dottrina generalmente considera come i soggetti diretti dell'ordinamento internazionale siano delle persone giuridiche vere e proprie che ci può dare un argomento giuridico - e di diritto internazionale positivo - dal quale sia possibile desumere se l'ordinamento internazionale abbia per soggetti finali gl'individui o gli «Stati»[413]. Questo, a nostro avviso, è il solo modo di porre l'alternativa monista-pluralista in quei termini giuridici in cui proprio il Kelsen intende siano posti i problemi che riguardano il contenuto di un ordinamento. Ed uno dei tanti modi di risolvere l'arduo problema è proprio quello di domandarsi se gli enti soggetti *grosso modo* corrispondenti agli Stati vengano in essere e si estinguano *come effetti giuridici o come fatti*. Al di fuori di questa impostazione dell'alternativa non vi è che il ricorso alle ipotesi indimostrabili o a dati storico-sociologici che, come tali, sino a quando non vengano tradotti nelle proposizioni normative di cui eventualmente attestassero l'esistenza, non dovrebbero servire ai giuristi che per «saggiare» le conclusioni raggiunte sul piano giuridico[414].

---

[410] *Supra*, p. 55 ss.

[411] La statualità sembra esclusa dai romanisti testè ricordati nell'ordinamento interfamiliare o intergentilizio.

[412] Pur non intendendo esattamente il significato delle sue stesse affermazioni ed estendendo erroneamente concetti analoghi alle persone giuridiche, sembra insistere su questo punto il TRIEPEL, *Dir. Internaz. e dir. interno* cit., p. 29-30. Ma vedi ancora *infra*, p. 226 ss.

[413] *Infra*, sez. seg.

[414] *Infra*. Cap. seg.

Il meno che si possa dire dunque, per il momento, della tesi in esame, è che non sussiste nessuna ragione che imponga di considerare l'esistenza della norma in questione come una *necessità*. L'idea che l'esistenza della norma sia una necessita è il risultato d'una petizione di principio bella e buona, che appare evidente prima o poi comunque se ne formuli l'asserzione. O si dice che l'ordinamento internazionale, in quanto ordinamento interindividuale dell'umanità o suo gradino supremo, non può costituire che l'ordinamento dei massimi ordinamenti in cui l'umanità appare suddivisa. oppure si dice che l'ordinamento che regola i «rapporti fra gli Stati» non può essere altro che un ordinamento di ordinamenti perché gli *Stati* sono ordinamenti. La prima formulazione presuppone dimostrato che non si diano ordinamenti giuridici che regolino rapporti fra enti diversi dagli individui. La seconda presuppone dimostrato in particolare che l'ente soggetto di diritto internazionale coincida con l'ente soggetto Stato del diritto interno anziché (più o meno esattamente) con lo Stato in senso storico-sociologico e assoluto[415]. Il che presuppone ancora una volta il carattere interindividuale dell'ordinamento internazionale ed è smentito - sia detto per ora incidentalmente - da quanto si è visto nelle pagine precedenti a proposito della non coincidenza dell'ente soggetto con l'ente giuridico Stato del diritto interno. La petizione di principio non potrebb'essere più evidente.

Un altro elemento sul quale la dottrina in esame fa più o meno esplicitamente leva per dimostrare la necessità della norma in questione è la nota regola della continuità degli obblighi degli «Stati» in ogni caso di mutamento rivoluzionario. Secondo il Kelsen, l'opinione generale degli internazionalisti che l'identità degli «Stati» non muti in caso di rivoluzione o colpo di Stato si spiegherebbe solo a condizione di configurare lo Stato come una creazione dell'ordinamento internazionale e di ammettere quindi l'esistenza della norma che legittima lo Stato stesso. La costanza del territorio e della popolazione non costituirebbe un elemento sufficiente per la continuità perché lo Stato è,caratterizzato, secondo un insegnamento che risale ad Aristotele, anche dalla sua struttura o costituzione. Non si potrebbe escludere, quindi, che lo Stato «muti» in seguito a certi mutamenti rivoluzionari nonostante che ne permangano più o meno inalterati territorio e popolazione. Conseguentemente, la sola spiegazione logicamente possibile della continuità dello Stato in ogni caso è che si tratti di continuità legale. Ma poiché la continuità legale è interrotta in caso di rivoluzione dal punto di vista del diritto dello Stato stesso, la sola continuità legale concepibile è quella di diritto internazionale. Il che implicherebbe per l'appunto la necessità che esista in questo ordinamento la norma di legittimazione dello Stato. L'esistenza di questa norma sarebbe più o meno consciamente presupposta, secondo il Kelsen, da tutta la dottrina della continuità.

Anche questa volta il ragionamento del Kelsen.è impeccabile. Non si può dubitare

---

[415] *Supra*, p. 186 ss. Non vi è dubbio che il KELSEN ammette la distinzione fra lo Stato in senso giuridico e lo Stato in senso materiale o storico. Ciò è evidente non solo dai passi citati alle pagine 102 ss., ma anche dal fatto che nell'*ipotesi* del primato del diritto statuale - cioè quando si prescindesse dall'ordinamento internazionale - la nascita e l'estinzione dello Stato sarebbero per il Kelsen dei meri fatti (*infra*, num. seg.). La contrapposizione fra il concetto di Stato in senso giuridico e il concetto dello Stato in senso storico corrisponde del resto per il Kelsen - data l'identificazione dello Stato con l'ordinamento entro il primo concetto - alla contrapposizione fra *l'essere* della norma e il *dover* essere ch'essa esprime.

che quando fosse provato che, pur venendo meno in certi casi dal punto di vista storico-sociologico e del diritto interno prerivoluzionario, lo «Stato»-soggetto continui a sussistere per l'ordinamento internazionale, sarebbe dimostrato inoppugnabilmente che si tratta di un fenomeno di continuità *legale.* Con il che sarebbe dimostrato altrettanto inoppugnabilmente che la nascita e l'estinzione degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale costituiscono fenomeni giuridici e gli enti stessi persone giuridiche, giacché solo per degli enti giuridici si può parlare di esistenza e identità *legale* [416]. In tanto si potrebbe negare che le cose stiano in questi termini in quanto la continuità dell'ente soggetto fosse concepita sempre in senso materiale. Del che vedremo che non si avvedono gli autori dualisti che credono di poter porre il problema in termini di identità legale asserendo nello stesso tempo che gli Stati sono presupposti dall'ordinamento internazionale[417]. Il fatto si è, però, che il fenomeno al quale si allude quando si parla di continuità degli enti soggetti non importa necessariamente le conseguenze che ne deduce il Kelsen e si può spiegare benissimo in modo diverso.

Del problema della continuità dello «Stato»-soggetto potremo occuparci di proposito più avanti quando avremo raccolto altri elementi che a nostro avviso occorrono per la sua soluzione esatta[418]. Per eliminare intanto ogni dubbio in merito all'incidenza della soluzione dominante sulla determinazione della natura giuridica o extragiuridica del procedimento formativo-estintivo degli enti soggetti, ci limitiamo ad osservare tre cose. In primo luogo - ma non è questo il punto essenziale - in tanto si potrebbe dire che si tratta di un fenomeno di continuità legale e non materiale in quanto fosse dimostrato che vi sono dei casi in cui alla continuità dell'ente agli effetti giuridici internazionali non corrisponde una continuità parallela dell'ente reale sottostante dal punto di vista storico-sociologico. Il che, come vedremo, è ben difficile da dimostrare. In secondo luogo la continuità di un numero più o meno grande di diritti e doveri in capo all'ente non significa necessariamente che l'ente sia il medesimo, giacché essa si spiegherebbe altrettanto bene - e in questo caso si tratta, come vedremo, di una spiegazione di gran lunga più rispondente alla realtà giuridica internazionale - come fenomeno di successione[419]. In terzo luogo infine - e questo è l'essenziale - in tanto sarebbe lecito asserire che la continuità di diritti ed obblighi - fossero anche *tutti* i diritti ed obblighi che facevano capo all'ente originario - significhi «identità» dell'ente nonostante il venir meno della continuità storica e giuridica interna, in quanto fosse prima dimostrato che si tratta d'un ente *giuridico.* Nel caso dello «Stato»-soggetto dovrebb'essere appunto dimostrato che l'ente è una «creazione» del diritto nello stesso senso in cui lo sono le persone giuridiche. Il che è contraddetto per il momento dal dato accertato che per l'ordinamento

---

[416] *Supra,* p. 78 s.

[417] Dato che dell'argomento ci occuperano *ex professo* nella Parte III (C. III) ci asteniamo da ogni riferimento bibliografico. Al punto acenna il QUADRI, *Stato* cit, p. 22 ss., spec. 24 ss. dell'estr., insistendo opportunamente sulla natura di mero fatto della questione d'identità.

[418] *Infra,* l. cit. nella nota prec.

[419] Anche qui ci asteniamo da riferimenti. La tesi della successione è stata avanzata in Italia dal QUADRI, *Stato* cit., p. 22 ss. dell'estr.

internazionale non vi sono «Stati» legittimi o illegittimi ma sempre e soltanto entità storico-sociali comunque sorte o costituite. Anche qui dunque ci troviamo di fronte a un circolo vizioso. La necessità dell'esistenza della norma di legittimazione dello Stato presuppone che questa norma esista.

9. - B) La «norma» costitutiva sarebbe il principio dell'effettività» e la fattispecie sarebbe l'«effettività» .stessa, ossia il costituirsi di un qualunque gruppo umano organizzato effettivamente su un dato territorio: o, ch'è lo stesso, perché l'autorità è implicita nell'«organizzazione» del gruppo, l'affermarsi effettivo di un qualsiasi individuo o gruppo al posto di «legislatori» o «governanti» effettivi di una comunità. La fattispecie estintiva dello «Stato» - o dell'ordinamento giuridico statuale - sarebbe il fenomeno esattamente inverso, vale a dire il venir meno della situazione corrispondente .alla «fattispecie costitutiva».

Alla domanda «Under what circumstances does a national order begin or cease to be valid?» il Kelsen risponde che «The answer, given by international law, is that a national legal order begins to be valid as soon as it has become - on the whole - efficacious; and it ceases to be valid as soon as it loses its efficacy»[420]. Per parlare in termini ancora più chiari, è in base al «principio di effettività», secondo il Kelsen, che l'ordinamento internazionale «empowers the "Fathers of the Constitution" to function as the first legislators of the State». E sempre lo stesso principio, poi, regolerebbe gli eventuali mutamenti dell'individuo o degli individui portatori dell'ordinamento statuale. I primi portatori sono i «Fathers of the Constitution». I loro successori sono tutti coloro che legittimamente o illegittimamente esercitino il potere *effettivo.* Allo stesso modo come la materiale costituzione originaria di una comunità umana in Stato è la fattispecie dello Stato, così ogni mutamento di regime per vie legali o illegali (rivoluzione o colpo di Stato) sarebbe la fattispecie di modifiche giuridiche corrispondenti alla struttura dello Stato come effetto giuridico od ordinamento. La costituzione materiale originaria darebbe luogo al sorgere della norma fondamentale dell'ordinamento statuale. Le modifiche determinerebbero variazioni corrispondenti nel contenuto di questa norma[421]. L'ordinamento internazionale non interverrebbe peraltro minimamente, stando alla stessa teoria, net procedimento di formazione dell'ente né s'interesserebbe della struttura con la quale esso viene alla luce. Esso assumerebbe a motivo sufficiente per il verificarsi dell'effetto giuridico dell'esistenza dello Stato o della sua modifica né più né meno che: ... l'esistenza dello Stato o la sua modifica. Che è la costatata inesistenza di criteri di legittimità internazionale degli Stati[422]. E lo stesso varrebbe, *mutatis mutandis,* per il preteso effetto estintivo.

Così stando le cose, l'atteggiamento dell'ordinamento internazionale nei confronti dello «Stato» appare del tutto privo di significato giuridico, perché il preteso «effetto» coinciderebbe esattamente con la pretesa fattispecie. Quando una comunità umana si

---

[420] *General Theory* cit., p. 220. Ma v. specialmente il passo del Kelsen riportato *supra*. p. 194, 195, in nota.

[421] V. sempre *General Theory* cit., p. 220 221. Per i mutamenti costituzionali e il problema della continuità (identità) v. la Parte III (C. III).

[422] *Supra*, p. 178.

organizza effettivamente a Stato vi sarebbe «giuridicamente» uno Stato, e quando una comunità effettivamente si scioglie o viene effettivamente assorbita da un'altra lo Stato verrebbe meno «giuridicamente», qualunque sia il modo come il fatto si è prodotto. Ma il minimo indispensabile perché si possa dire di trovarsi di fronte ad un effetto giuridico è che l'effetto stesso si produca o persista almeno relativamente immutato indipendentemente dalla materiale realizzazione o persistenza della situazione di fatto esattamente corrispondente all'«effetto»[423]. Nel caso presente, il preteso effetto giuridico coinciderebbe esattamente con la situazione di fatto perché manca ogni criterio di legittimità internazionale del fenomeno. L'esistenza giuridica dello Stato o dell'ordinamento sarebbe determinata, oltre e prima che dalla c. d. causalità giuridica, dalla causalità storico-sociale. E poiché non si dà nessun caso in cui lo Stato sia o diventi illegittimo al difuori di quello che esso si dissolva o venga assorbito, è chiaro che entra in funzione solo la causalità storica. Il ricorso al principio dell'effettività non spiega nulla perché in tanto si può parlare di un diritto soggettivo, di una norma o di un ordinamento come prodotto dell'effettività in quanto sia accertato innanzi tutto che si tratta d'una situazione, d'una norma o di un effetto *giuridico:* e di fronte al vigore assoluto della legge di causalità «materiale» del giuridico non c'è l'estremo indispensabile: la contrapposizione fra *Sein* e *Sollen*[424]. Né sarebbe il caso di obbiettare che è sulla legge di

---

[423] Si avrebbe altrimenti per dirla con lo stesso KELSEN *(supra,* nota 127 al Cap. prec.) e con l'OTTOLENGHI, *Il principio dell'effettività e la sua funz. nell'ordin. Internaz.*, nella *Rivista* cit, 1936, p. 316, una confusione del dover essere con l'essere, del diritto con il fatto; e per dirla con lo HORNEFFER R., *Die Entstehung des Staates* cit. p. 12: «ein *tautologischer* Rechtssatz d. h. eine *Sinnlosigkeit* und überhaupt *kein Rechtssatz*» (corsivi miei) . La causalità storica può ben determinare - anzi senz'altro determina . l'esistenza delle norme (*ex facto jus*). Ma il « Sollen» che la norma contiene non può identificarsi con la fattispecie alla cui realizzazione il «Sollen» è condizionato senza che la norma ne risulti priva di contenuto normativo.

[424] Dell'*effettività,* come è noto,.si parla molto nella dottrina internazionalistica. Se ne parla, innanzi tutto, come di una condizione del sorgere di situazioni giuridiche determinate, quali la sovranità territoriale, lo stato di guerra, lo stato di occupazione bellica e via dicendo, che è l'applicazione più frequente e in un certo senso pacifica (v. AGO, *Il requisito dell'effettività dell'occupazione nel diritto internazionale*, 1934, *passim;* OTTOLENGHI, *Il principio dell'effettività* cit. p. 3 ss., 152 ss., 361 ss.). In secondo luogo se ne parla - e qui si entra nel vago - come di un «principio» dell'ordine internazionale: principio normativo, informatore o ispiratore (in senso normativo e non chiarissimo KELSEN, *Théorie gén. du dr. internat. public.*, nel *Recueil* cit., 1932, IV, p. 207 ss. e in senso critico rispetto all'affermazione del principio «normativo» OTTOLENGHI, *Op.* cit., spec. p. 402 e *passim*). Recentissimamente ha approfondito la questione lo SPERDUTI, *L'individuo nel dir. Internaz.*, Cagliari, 1950, § I, Cap I, distinguendo tre modi in cui l'effettività può essere intesa (principio puramente scientifico; principio strettamente normativo; e principio informatore), e rinviando all'AGO inedito sia per la critica dell'idea del principio normativo, sia per il concetto di principio ispiratore. Prescindendo per il momento da ogni confronto *ex professo* con i concetti formulati più o meno chiaramente in dottrina e soprattutto da queste distinzioni, a noi sembra che le cose stiano nel modo seguente.

Di effettività si può parlare rispetto a un ordinamento statuale - e si è parlato in senso affermativo o negativo - in vari sensi. Innanzi tutto c'è il comune riferimento all'effettività come alla prova o alla condizione dell'esistenza dell'ordinamento o di determinate sue norme - sia che con questo si voglia significare che il diritto è un fatto storico (*ex facto jus*) sia che si voglia solo esprimere il concetto che il diritto in tanto può dirsi tale in quanto sia effettivamente operante. Poi si potrebbe parlare di principio dell'effettività come del principio o della norma in virtù della quale una situazione effettiva assurge a situazione giuridica: una «norma» p. es., in virtù della quale il possesso d'una cosa determinasse l'acquisto del dominio. Fenomeno diverso ma in un certo senso analogo a quello che si verifica quando una situazione di fatto determini o concorra a determinare di per sé, come fatto originario di produzione giuridica, il sorgere d'una situazione, d'una norma o d'un ordinamento, e che rientrerebbe nella prima accezione del termine. In un terzo senso si può parlare infine dell'effettività come del requisito alta presenza del quale è condizionato il funzionamento del dispositivo di quelle norme che, oltre alla volontà dichiarata o tacita di uno o più soggetti di conseguire un certo risultato giuridico o pratico, richiedano resistenza di una situazione di fatto («effettiva») corrispondente in un certo senso at risultato stesso: la norma, p. es., in virtù della quale il cessionario acquista il

dominio solo quando all'atto di cessione si aggiunga la consegna della cosa. Fenomeni tutti perfettamente concepibili con la limitazione che ora vedremo.

Nell'ordinamento internazionale si possono ben verificare fenomeni analoghi, certamente se ne verificano alcuni ed è probabile che alcuni di essi si verifichino su scala più vasta che altrove. Innanzi tutto si può parlare di effettività dell'ordinamento o di determinate norme, nonché di situazioni di fatto che diano luogo a produzione di nuovo diritto. Il fatto anzi che l'ordinamento in questione sia costituito prevalentemente di norme consuetudinarie rende più diretto ed agevole l'adeguamento dell'ordinamento alle esigenze sociali (v. p. es. SPERDUTI, *Op.* cit., num. 4 ult. parte) e forse più frequente la trasformazione di situazioni di fatto in situazioni giuridiche. Venendo al punto che interessa maggiormente, poi, anche nell'ordinamento internazionale si può verificare sia il fenomeno di una norma che elevi a situazione giuridica una situazione di fatto (norma anteriore o posteriore al fatto), sia il caso di norme che non si contentino delle dichiarazioni dei soggetti in un determinato senso (atti di volontà intesi a conseguire determinati risultati), ma condizionino l'entrata in funzione dei propri dispositivi alta traduzione delle dichiarazioni di volontà in situazioni «effettive». Fenomeno quest'ultimo che trova luogo, p. es., secondo gran parte della dottrina, nella cessione di territori nella creazione dello stato di guerra nell'occupazione di terre *nullius*, nell'occupazione bellica e via dicendo. Il fatto che vi sia un rapporto più diretto fra i consociati e la produzione delle norme, e che almeno le norme di quest'ultimo tipo siano più frequenti che in altri ordinamenti giustifica probabilmente che si parli del principio dell'effettività come di un principio generale, «informatore» o «ispiratore» dell'ordinamento internazionale (sostanzialmente in questo senso SPERDUTI, *Op.*. cit., l. cit.). Ma preferiamo non prendere posizione su questo punto.

È peraltro evidente che in tanto si potrà parlare di effettività come fattore originario di diritto o dell'effettività come di un principio in virtù del quale delle situazioni di fatto acquistano il valore di situazioni giuridiche, oppure di norme condizionate nel loro funzionamento all'effettiva attuazione di dichiarazioni o atteggiamenti dei soggetti, in quanto sia salva anche qui come altrove una *funzione normativa* - almeno virtualmente normativa, anche se di efficacia limitata - del dispositivo di cui si tratta. È chiaro che in tanto si potrà dire che l'effettività di una situazione determina o concorre a determinare l'esistenza d'una norma, in quanto la proposizione normativa che risulterebbe prodotta sia tale da valere per un fatto analogo almeno in un caso diverso da quello che ha dato luogo al sorgere della norma. In tanto si potrà dire che una situazione di fatto dà luogo ad una situazione giuridica determinando resistenza della norma relativa, in quanto la mera cessazione della prima non importi *ipso facto* l'inesistenza della situazione giuridica (e della norma). In tanto si potrà dire, infine, che una norma opera in base all'effettività di una situazione in quanto al verificarsi della situazione effettiva - in aggiunta alla dichiarazione di volontà - sia ricollegato dalla norma un effetto che non venga poi meno per il solo fatto che venga meno in qualunque modo la situazione effettiva stessa. Condizione questa che si verificherebbe, p. es., nel caso dell'acquisto della sovranità per occupazione, in quanto il mero fatto che un soggetto si trovasse comunque privo della materiale disponibilità del territorio in un momento successivo non fosse causa estintiva del «dominio»; e si verifica certamente nel caso dello stato di guerra, in quanto la norma che ricollega il sorgere dello stato di guerra all'esistenza di una guerra guerreggiata non dispone che poiché *A* fa la guerra a *B* o viceversa *A deve* fare la guerra a *B* o viceversa, ma dispone che poiché *A* fa la guerra a *B* o viceversa, *A* e *B* son soggetti alle norme del diritto bellico. È chiaro, d'altra parte, che qualora questa condizione - contrapposizione fra «essere» e «dover essere» - non sussistesse, sarebbe del tutto ingiustificato parlare di un principio di effettività normativa e simili come di qualcosa che operi in seno all'ordinamento. Che un ordinamento statuale riposi, p. es., sulla effettività è esatto. Ma in tanto si potrà ricercare il fondamento dell'ordinamento e quindi risalire all'effettività in quanto sia accertato innanzi tutto che esistono una serie di proposizioni normative della vita sociale che almeno qualifichino come antigiuridiche le situazioni di fatto contrarie ai loro dispositivi, ed agiscano in modo più o meno efficace per il ristabilimento dell'ordine. In tanto si potrebbe dire, per fare un altro esempio, che il possesso effettivo di terre acquistato dai coloni di un territorio viene assunto a condizione dell'acquisto del dominio da parte dei possessori, in quanto la situazione in cui costoro vengano a trovarsi in seguito sia tale da offrire una resistenza almeno virtuale alle turbative ed ai tentativi d'impossessamento futuri da parte di altri individui. Se bastasse che un altro s'impossessi del territorio perché il dominio dell'acquirente originario venisse meno, non vi sarebbe un diritto di dominio e non si potrebbe parlare dell'effettività come condizione del suo costituirsi. Si dovrebbe costatare, n tali casi, di qualunque ordinamento si tratti, che non c'è l'effettività *diritto* o la *norma* dell'effettività o l'effettività della situazione prevista dalla fattispecie di una *norma*, ma l'effettività d'una situazione, cioè l'esistenza di un *fatto*, puramente e semplicemente: vale a dire l'inesistenza del fenomeno giuridico in un determinato settore.

Ma ciò avverrebbe, beninteso, non già perché in quel dato settore viga il *principio dell'effettività*, nè perché l'ordinamento s'ispiri a questo principio, ma perché non vige nessun principio e nessuna norma giuridica dell'ordinamento di cui si tratta, ma soltanto la legge della causalità storico-sociale. Non proprio a questo sembra alludere, p. es., il VERDROSS, *Völkerrecht* cit., p. 126, allorché, contestando (al FISCHER WILLIAMS, *Sovereignty, Seisin and the League*, *British Yearbook of International Law*, 1926, p. 24 ss.; e al KELSEN, ora *General Theory* cit., p. 216) che anche per l'acquisto derivativo di territori sia sufficiente l'effettività della detenzione come tale («die Besetzung eines fremden Gebietsteils *als solche* also die *blosse* Effektivität»), aggiunge che .«Der allein angerufene Grundsatz der Effektivität kann nämlich als Beaveis nicht hinreichen, da die Effektivität nur in dem Rahmen neues Recht

causalità storica e quindi sull'effettività che riposa la giuridicità dell'ordinamento interno dello Stato quando lo si considera come originario, perché di fronte al fenomeno dell'insurrezione e secessione l'ordinamento interno resiste con maggiore o minore successo per un periodo più o meno lungo[425], e di fronte al fenomeno della rivoluzione totale resiste fino a quando non venga meno[426], L'ordinamento internazionale invece non resiste affatto e rimane immutato[427]. Ma su questi punti (e specialmento il secondo) ci siamo già fermati e dovremo tornare più avanti[428].

---

begründen kann, den ihr die Völkerrechtsordnung anweist. Ausserhalb dieses Rahmens ist die blosse Herrschaft völkerrechtswidrige Gewalt, da eine *schrankenlose* Anerkennung des **G**rundsatzes der Effektivität *jedes* Unrecht legalisieren, damit aber das Völkerrecht überhaupt aufheben würde». Condividiamo pienamente la distinzione che il V. pone fra l'acquisto a titolo originario e quello derivativo, nel senso generico che l'estensione del principio dell'effettività al secondo assumerebbe un significato completamente diverso dalla regola dell'effettività dell'occupazione di territori *nullius*. Ma questo nel senso più preciso che il riconoscimento della «regola» assoluta dell'effettività indipendentemente dal titolo equivarrebbe nel secondo caso alla *negazione dell'esistenza di una norma o d'una situazione giuridica*, non già soltanto alla *legalizzazione d'un torto (Unrecht).* In questa ipotesi, in altri termini - e lasciamo stare se essa si verifichi o meno -, la situazione del nuovo occupante *non costituirebbe nemmeno* un *Unrecht*, perché non vi sarebbe il *Recht* nè in caso di occupazione a titolo originario nè in caso di annessione di territorio altrui: saremmo di fronte al *blosses Faktum*, dovrebbe dire, per noi, il Verdross. Non avremmo, insomma, un fievole diritto internazionale di dominio o un diritto di dominio *mal fondato*, ma niente diritto internazionale di dominio. Non si tratterebbe, *a fortori*, di utilizzazione del criterio dell'effettività da parte d'una norma oltre i limiti del ragionevole, ma dell'inesistenza di una norma. Del che vedremo qui e più avanti il significato.

Venendo ora, sulla base di questi rilievi - che non pretendono di esaurire il problema -, alla questione considerata nel testo, si può per l'appunto confermare quanto si è detto in questo numero e in quelli precedenti (*supra*, p. 197 ss.) riguardo alla norma che secondo il Kelsen costituirebbe lo «Stato secondo il diritto internazionale» o ne legittimerebbe e delimiterebbe l'ordinamento. A parte quanto si dirà nelle pagine che seguono in merito alla non positività della norma ed ai dati storici che dovrebbero provarne l'esistenza, nonché alle riserve che lo stesso Kelsen pone alla affermazione della sua esistenza e portata, questa norma dovrebbe, secondo lo stesso principale assertore della sua esistenza, ispirarsi all'effettività in un senso che esclude che si possa considerarla come una norma: e tanto più deve escluderlo chi, come il Kelsen, ben a ragione professa una concezione normativa del diritto. Conseguentemente, si deve dire che non ci troviamo, in questo caso, di fronte a una norma che s'ispiri al «principio dell'effettività» o che comunque condizioni il proprio funzionamento all'esistenza di una certa situazione effettiva (in aggiunta ad un elemento volontario; quale potrebb'essere, eventualmente, l'atto costituente d'uno Stato), bensì al mero fatto storico dell'organizzazione di un gruppo. Fatto storico che dal punto di vista dell'atteggiamento che l'ordinamento tiene nei suoi confronti - atteggiamento di totale indifferenza e ignoranza - si può paragonare all'atteggiamento che il diritto interno tiene nei confronti della nascita d'un individuo.

Ma questo avviene, a nostro avviso, perché l'ordinamento *non regola* la materia, non già perché *regoli ispirandosi al principio dell'effettività* (come si dovrebbe dire secondo il concetto del Verdross), o perché la regoli - se ci si consente il bisticcio - l'effettività stessa in quanto produttiva di diritto a titolo originario o derivato. L'invocazione del principio dell'effettività sarebbe fuori di luogo perché la costatazione che l'effettività venga in considerazione come fonte originaria o derivata di una situazione giuridica non prevista, o come fattispecie o elemento della fattispecie d'una norma, *presuppone* che la situazione di fatto dia luogo in qualche maniera a una situazione *giuridica:* situazione la cui inesistenza è provata, come s'è visto, dall'assenza *totale* di criteri di legittimità internazionale dello Stato o del suo ordinamento.

E vedremo ancora più avanti che non è nemmeno esatto ritenere che l'ordinamento internazionale *non* regoli la materia ispirandosi allo stesso principio o ad un principio analogo: che è l'idea pseudodualista dello SPERDUTI (*infra*, p. 241 ss.).

[425] *Supra*, p. 184 s.

[426] Per la discussione d'un'opinione contraria *infra*, p. 233 ss.

[427] Salva l'ipotesi del primato del diritto statuale (l'ordinamento internazionale come «diritto pubblico esterno»).

[428] *Infra*, Parte III (Cap III).

L'obbiezione tratta dalla identità fra *Sein* e *Sollen* è invero prevista dal Kelsen, il quale tenta a quanto pare di superarla osservando che nella norma di diritto internazionale da lui postulata la corrispondenza fra il Sein e il Gesollt non sarebbe totale. «Das Völkerrecht - afferma il nostro Autore - sagt in seinem den Einzelstaat anerkennenden Satz nicht: wenn *A* befiehlt und *B immer* gehorcht, soll *A* befehlen und *B immer* gehorchen, sondern: wenn *A* befiehlt und *B meistens* gehorcht, dann soll *A* befehlen und B *immer* gehorchen» (corsivi miei). La seconda configurazione della norma non sarebbe inconciliabile con la necessaria contrapposizione fra Sein e Sollen perché quest'ultima, secondo il Kelsen, «ist lediglich aufgehoben, wenn als gesollt nur gilt, was ist, und alles was ist, als gesollt gilt. Der Satz: wenn a ist, soll b, ist nur dann sinnlos, wenn a = b, und behalt so lange den Sinn eines von einem Seins-Satze verschiedenen Soll-Satzes, als a sich von b noch irgendwie unterscheidet, wenn auch sonst a mit b weitgehend übereinstimmt»[429]. In altri termini sarebbe vero, secondo il Kelsen, che l'identità tra fattispecie ed effetto giuridico dimostrerebbe che siamo di fronte a un mero fatto, ossia ad un «essere s. Senonché - e la scappatoia è senza dubbio finissima - una differenza qui ci sarebbe perché l'«effetto» è costituito da una situazione giuridica secondo la quale i membri del gruppo dovrebbero «*sempre*» sottostare all'ordinamento venuto «effettivamente» in essere; mentre la fattispecie sarebbe costituita dalla condizione che *«in linea di massima»* la soggezione all'ordinamento sussista (effettività). Ma la precisazione è male apposta e non raggiunge il suo scopo.

Codesto ragionamento varrebbe senza dubbio contro l'eventuale obbiezione - non sollevata, per quanto ci consti, da nessuno - che nonostante la «legittimazione» dell'ordinamento statuale, i cittadini violino più o meno frequentemente le norme di cui esso è costituito. Non vi è dubbio che non solo la più vera e piena delle legittimazioni non potrebbe arrivare a tanto ma che un risultato così totale escluderebbe la stessa ragion d'essere dell'ordinamento giuridico, che un divario fra «Sein» e «Sollen» necessariamente presuppone[430]. Non vale, invece, il ragionamento del Kelsen contro il rilievo che la pretesa legittimità internazionale dell*'ordinamento nel suo complesso* [431] comincia a sussistere quando in fatto l'*ordinamento nel suo complesso* [432] effettivamente è osservato e vien meno quando si verifichi l'ipotesi contraria. Che è il fenomeno che si è visto verificarsi, per tacere d'ogni altra ipotesi, nel caso di costituzione di uno Stato separato per via rivoluzionaria (smembramento)[433].

Il ragionamento non regge contro tale obbiezione, perché rispetto alla validità dell'ordinamento *nel suo complesso* quel che bisognerebbe provare per poter parlare d'un effetto giuridico e della relativa norma giuridica internazionale è che vi sia una *validità*

---

[429] *Allgemeine Staatslhre* cit., p. 127, ed ora nella *General Theory* cit., p. 220 ss.

[430] V. KELSEN, stesso, *General Theory* cit., p. 120

[431] ... il «national legal order *as a whole*», come dice il Kelsen nella *General Theory*, p. 220 in fine.

[432] ... «as a whole».

[433] *Supra*, p. 183.

giuridica internazionale dell'ordinamento statuale *nel suo complesso* che non coincida con *l'efficacia di fatto* di questo ordinamento sempre n*el suo complesso.* Bisognerebbe provare, cioè, che l'ordinamento giuridico statuale *nel suo complesso* possa almeno in qualche ipotesi e sia pure transitoriamente continuare a sussistere per l'ordinamento internazionale come ordinamento giuridico, *nonostante* che *nel suo complesso* esso sia materialmente inefficace[434]. Punto che la precisazione del Kelsen non tocca minimamente e sul quale resta anzi ferma proprio l'affermazione tautologica d'ordine generale. Lo Stato del diritto internazionale comincia ad esistere quando *in fatto* comincia ad esistere, vien meno quando in *fatto* vien meno.

È del resto lo stesso Kelsen, che riconosce quanto sia evanescente la funzione che il diritto svolgerebbe nel fenomeno in questione. A conclusione della prima esposizione della sua teoria dell'esistenza dello Stato come problema di diritto internazionale[435], egli non esita infatti ad affermare realisticamente che «Dadurch dass das *FakGische* zum Inhalt einer Norm wird, erfährt es einen ganz eigenartigen Bedeutungswandel, es wird sozusagen denaturiert, schlägt in sein Gegenteil um, wird selbst zum Normativen. Nicht von einer «normativen Kraft des Faktischen», sondern von einer Metamorphose des Faktischen zum Normativen müsste man sprechen. Freilich *gerät hier das Völkerrech! an die äusserste Grenze* des Bereichs normativer Erkenntnis, *an die äusserste Grenze des Rechtes.* Es ist vielleicht gerade *noch* Recht, wenn es - den fundamentalen Gegensatz von Sein und Sollen gefährdend - zwar nicht jede faktische Macht als Rechtsmacht zu etablieren bemüht ist, aber doch nur eine bestimmte *fakfische* Macht als Rechtsmacht gelten lassen will. Und *in dieser Schwäche des Völkerrechts gegenüber der faktischen Macht,* in dieser *Neigung des Völkerrechts, vor den Tatsachen zu kapitulieren,* zeigt sich seine wahre Schwäche als Recht, zeigt sich das Problem seiner Rechtsnatur deutlicher als in dem angeblichen Fehlen des Zwangsmomentes»[436]. Qui il K. viene in sostanza tanto incontro alla dottrina dominante che si sarebbe quasi tentati di fare un passo verso di lui, se quel tenuissimo velo di giuridicità del quale egli ricopre il fenomeno in questione - e tanti altri fenomeni in cui i monisti ricorrono alla semplicistica spiegazione basata sul così detto «principio dell'effettività » (il «principio» della «Schwäche des Völkerrechts gegenüber der faktischen Macht» o della «Neigung des Völkerrechts vor den Tatsachen zu kapitulieren») - non costituisse proprio il punto di partenza della teoria monista, la fonte prima della sua divergenza dai dualisti e l'origine di tante irrealistiche costruzioni dei fenomeni giuridici o non giuridici internazionali[437].

---

[434] Questa possibilità si verifica senza dubbio nel caso delle persone giuridiche inferiori di diritto statuale, che possono continuare e hanno continuato in certi casi a sussistere per il diritto come ordinamenti o centri di soggettività (strumentale) nonostante l'inefficacia materiale del loro ordinamento. A parte l'esempio ricordato sopra d'un comune o d'una provincia annessa unilateralmente da un altro Stato o del totale annichilimento del sostrato dell'ente morale (p. 73 ss.), si pensi al fenomeno della secessione d'una provincia o colonia. In tal caso, l'ordinamento giuridico derivato della provincia o colonia può continuare ad essere giuridicamente *valido,* per l'ordinamento della madrepatria che non riconosca il nuovo stato di cose, nonostante sia in fatto totalmente *inefficace* per la resistenza opposta «in loco» dalla popolazione e dall'ordinamento nuovo ivi costituitosi.

[435] *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts,* cit.

[436] *Op.* ult. cit., p. 241. p. 228 ss., spec. 235-41.

[437] *Infra,* Cap. seg.

Questo discorso significa, per noi, che rispetto al fenomeno della nascita-estinzione dei c. d. «Stati»-soggetti l'ordinamento internazionale non dispone proprio nulla. Dire che l'ordinamento raggiunge a un certo punto il suo limite, il limite del diritto o il limite del normativo per lasciar prevalere il fatto, sia pure un fatto... sufficientemente... effettivo, significa dire che l'ordinamento non agisce più come tale, cioè *non esiste*: che non esiste cioè su quel punto alcun dispositivo, alcuna norma.

Perché qui non saremmo, si badi bene, a quel punto che potremmo chiamare il vertice dell'ordinamento inteso gradualisticamente, il punto in cui si troverebbe la norma base o il fatto normativo. Saremmo invece in quello che dovrebb'essere il punto centrale dell'ordinamento, e in cui la «forza normativa» dovrebbe presentarsi con il massimo d'intensità: il punto, nientemeno, nel quale l'ordinamento internazionale dovrebbe svolgere quella che secondo i monisti sarebbe la tipica sua funzione: la legittimazione e delimitazione di quegli ordinamenti giuridici interni dai quali dipende la determinazione degl'individui destinatari e quindi il funzionamento di tutte le norme[438]. Riconoscere che in questo punto la forza normativa dell'ordinamento cede di fronte al fatto può significare una di queste cose: o che l'ordinamento non «ordina» un bel nulla e che gl'internazionalisti fanno della teoria campata in aria (possibilità che in sede scientifica non sapremmo semplicisticamente escludere)[439]; oppure che il diritto internazionale e «diritto pubblico esterno» (teoria del primato del diritto interno), sicché il fenomeno della prevalenza dell'effettività sulla legittimità della formazione statuale si spieghi come la posizione di nuovo diritto internazionale insieme col nuovo ordinamento posto da ogni nuova formazione politica[440]; oppure che ci si trova al polo opposto del punto limite costituito dalla norma base e dal fatto normativo, vale a dire a contatto con la base sociale dell'ordinamento: il punto cioè oltre il quale l'ordinamento internazionale non va. E per il momento ci fermiamo qui, salvo a riprendere il discorso più avanti[441].

10. - C) Dimostrato che la pretesa «norma» di diritto internazionale costitutiva dello «Stato»-soggetto (ordinamento) avrebbe un contenuto .solo apparentemente normativo, riducendosi ad una mera riproduzione della realtà storica, non metterebbe nemmeno conto di portare avanti la discussione. Non si può passare sotto silenzio, tuttavia, un'ovvia ulteriore obbiezione alla quale la tesi in esame andrebbe comunque incontro anche se la «norma» di cui si afferma o si esige l'esistenza meritasse effettivamente questo nome. E l'obbiezione sta nella circostanza che alla «norma» farebbe difetto comunque il requisito della *positività*. Ancora una volta è proprio il

---

[438] Farebbero eccezione solo le pochissime norme che si riferirebbero agli individui direttamente (*infra*, sez. seg.).

[439] Se la giuridicità dell'orientamento internazionale è stata negata da tanti eminenti e valorosi giuristi - dall'AUSTIN, p. es., *Lectures on Jurisprudence*, 1832 ediz. Campbell, Londra, 1899, p. 61, 65, 85, 372, ed ora in Italia dal CARNELUTTI, *Teoria generale* cit., p. 73-75 - non vediamo perché mai gl'internazionalisti dovrebbero assumerla come un dato indiscutibile.

[440] Come è stato ampiamente dimostrato. è questa una ipotesi equivalente alla negazione dell'esistenza d'un ordinamento della società internazionale come tale. Ma vedi ancora il Cap. seg.

[441] *Infra* l. cit.

Kelsen che offre l'argomento migliore per dimostrare questa deficienza.

Tutta la trattazione kelseniana del problema della nascita (e dell'estinzione e modificazione) dello Stato è svolta in linea *ipotetica.* Se, egli dice, si parte dal primato del diritto statuale o comunque si prescinde dall'ordinamento internazionale, la nascita-estinzione-modificazione dello Stato è un *fatto*. Se si parte invece dall'idea del primato del diritto internazionale, allora si tratta di *effetti giuridici.* Nella prima ipotesi l'ordinamento giuridico statuale troverebbe il suo primo fondamento in una *Grundnorm* ipotetica, cioè *non positiva*, nel secondo in una norma positiva di diritto internazionale. Fra le due ipotesi, però, il Kelsen non ha fatto inizialmente e tuttora non fa la sua scelta[442] perché secondo il suo modo di vedere i dati offerti dalla realtà storico-giuridica non sarebbero decisivi nell'uno o nell'altro senso.

In queste condizioni è chiaro che la norma alla quale il Kelsen fa riferimento non solo è priva di contenuto normativo, Ma non e neppure dimostrata esistente come una norma positiva. Quel che vale per le due alternative ipotetiche nelle quali la norma in questione s'inserisce, rispettivamente come *Grundnorm* dell'ordinamento statuale (nell'ipotesi del primato del diritto statuale o dell'assenza di un ordinamento internazionale) o come norma di «delegazione» (nell'ipotesi del primato del diritto internazionale), vale infatti evidentemente per la norma stessa. Se il Kelsen non trova nella realtà storico-sociale dati decisivi in merito al rapporto fra diritto internazionale e diritto interno, *a fortiori* non dovrebbe trovare dati che consentano di stabilire se la norma in questione sia una *Grundnorm* ipotetica o una norma positiva di diritto internazionale. Ancora una volta, ci troviamo dunque di fronte a un circolo vizioso. Se l'ordinamento statuale è originario, dice il Kelsen, la sua norma fondamentale è *ipotetica*; se è derivato da quello internazionale, la stessa norma è *positiva.* Ma la questione di sapere se si verifichi l'una o l'altra ipotesi sarebbe, allo stato attuale delle cose, insoluta. Il meno che si possa dire quindi contro la tesi kelseniana dello Stato come effetto giuridico internazionale è che si tratta d'una ipotesi: un'ipotesi senza dubbio lecita, ma di cui il Kelsen stesso non solo rinuncia a dare una dimostrazione ma nega la possibilità attuale di dimostrazione.

In verità, ancora una volta, è proprio la soluzione del quesito circa l'esistenza o meno di una norma di diritto internazionale che «costituisca»gli «Stati» - che «crei», cioè, le «persone giuridiche» internazionali corrispondenti agli «Stati» - che può costituire un argomento pro o contro la tesi monista. E i dati desumibili dalla realtà giuridica internazionale depongono tutti in senso contrario all'esistenza d'una norma del genere. A parte quanto si è rilevato in merito all'assenza di criteri di legittimazione internazionale degli «Stati» - difetto di per sé logicamente sufficiente ad escludere l'esistenza della norma in questione -, gli argomenti in senso negativo non mancano, ed altri se ne aggiungeranno nelle sezioni seguenti[443]. È del resto il senso comune che impedisce di credere che esista oggi negli uomini la convinzione che l'obbedienza al

---

[442] V. ora *General Theory* cit. p. 286-88; e cfr. BALLADORE PALLIERI, *Le dottrine di Hans Kelsen e il problema dei rapporti*, cit., p. 40-41; WALZ, *Les rapports du droit internat. et du droit interne*, nel *Recueil* cit:, 1937, III, p. 393 s.; SPERDUTI, *La fonte suprema* cit., p. 27.

[443] Ma v. spec. il Cap. seguente.

potere costituito in ogni singolo Stato si fondi su di una norma di diritto internazionale. A parte il fatto che la maggior parte degli uomini - per loro fortuna, vorremmo dire - dell'ordinamento internazionale non hanno la minima nozione, di una convinzione del genere non v'è nessuna traccia, né nel comportamento degli individui né in quello degli stessi Stati o dei loro organi.

11. - Parimenti contraria alla natura di fatto del procedimento formativo-estintivo degli enti soggetti è la teoria dello «Stato nel senso del diritto internazionale» professata dagli altri autori di parte monista e dovuta soprattutto al Verdross, al Kunz e al Guggenheim[444].

Al pari del Kelsen, il Verdross fa leva essenzialmente sul carattere interindividuale del diritto e da questo carattere desume in sostanza anche lui l'unità del mondo giuridico: soltanto che anziché presentare questa unità in termini puramente giuridici - ossia come rapporti di sovraordinazione o coordinazione fra *ordinament* - egli la presenta in termini di rapporti fra *comunità* giuridiche *(Rechtsgemeinschaften).* Come il Kelsen per gli ordinamenti giuridici, poi, egli non vede soluzione di continuità fra la *Völkerrechtsgemeinschaft* e le comunità giuridiche statuali e quelle subordinate. Da questo punto di vista, il dato essenziale della costruzione del Verdross e costituito dal legame necessario che egli stabilisce fra le varie «Rechtsgemeinschaften», dalla famiglia allo Stato ed alla comunità internazionale. Allo stesso modo come la famiglia, la corporazione, l'associazione professionale, il comune e via dicendo costituiscono comunità giuridiche parziali risolventisi nella comunità giuridica statuale per la «legge» della *Verknüpfung von Rechtsgemeinschaften*[445], così gli Stati - nei quali anche il Verdross identifica con il resto della dottrina gli enti soggetti principali e diretti dell'ordinamento internazionale - costituirebbero le comunità giuridiche parziali della comunità internazionale. Ed è sullo stesso parallelismo che il V. fonda in sostanza la sua

---

[444] A parte i riferimenti specifici v. VERDROSS, *Die Verfossung* ecc. cit., p. 7 ss., 125 ss.; *Völkerrecht* cit., p. 44 ss., 112 ss.; KUNZ, *Anerkennung* cit., p. 4, 15 ss.; GUGGENHEIM, *Lehrbuch* cit., p. 178 ss.

[445] «Wenn man die reiche Fülle von Rechtsgemeinscahften, wie Familie, Verein, Gewerkschaft, Genossenschaft, Gemeinde, Provinz, Gliedstaat, Staat, und Kirche betrachtet, so findet man, dass diese nicht in sich geschlossen, sondern derart zu bestimmten Gruppen zusammengefasst sind, dass je ein Bundel von ihnen in eine höhere Rechtsgemeinschaft eingegliedert ist» (*Verfassung* cit., p. 7): proposizione a nostro avviso esatta per le comunità giuridiche interindividuali facenti parte delle moderne comunità giuridiche statuali. Secondo il V. questo fenomeno deriverebbe dalla «Gesetz der Verknüpfung von Rechtsgemeinschaften» ricordata nel testo, alla quale farebbe riscontro se bene intendiamo, sul piano più strettamente normativo, la legge dell'unità del mondo giuridico («Gesetz der.Verknüpfung von Rechtsnormen») (*Op.* cit., p. 11). La prima «legge» - ed anche la seconda evidentemente - non costituirebbe secondo il Verdross una «rechtliche Besonderheit, sondern ist nur die Anwendung eines allgemeinen Gesetzes, das für Zusammenhang von geistigen Einheiten überhaupt gilt. Schon die mittelarterliche Philosophie hat dies klar erkannt und hiefür den prägnanten Satz geprägt: "conjunctio hominum cum Deo conjunctio hominum inter sese" è [S. Tommaso]. Das bedeutet: Dadurch, das jeder einzelne Mensch mit Gott verbunden ist, besteht sich eine Verbindung zwischen den einzelnen Menschen. Die Verknüpfung zwischen den Menschen wird also in der Weise geleistet, dass sie alle auf den gemeinsamen Urgrund bezogen und durch diesen, über diesen, in diesen miteinander verknüpft werden. In eine allgemeine Fassung gebracht, besagt dieser Gedanke, dass eine Verbindung zwischen Einzelnen nicht unmittelbar, sondern nur auf dem Wege über und durch eine höhere Einheit erfolgen kann (*Op.* cit., p. 7). V. anche, sul punto, dello stesso a., *Die Gesellschaftswissenschaftlichen Grundlegen der Völkerrechtstheorie*, nell'*Archiv f. Rechts u Wirtschaftsphilosophie.* XVIII, 1925, p. 413 ss. Un parallelismo analogo fra le comunità giuridiche entro lo Stato da una parte e le comunità statuali entro l'ordinamento internazionale dall'altra si trova affermato dallo SCELLE, *Précis de Droit des Gens* cit., I, p. 33.

concezione unitaria del diritto internazionale e interno[446]. Il rapporto fra le comunità giuridiche statuali e la comunità internazionale e quello fra i rispettivi ordinamenti da una parte, differirebbe dal rapporto fra le comunità giuridiche minori e la comunità giuridica statuale e fra i rispettivi ordinamenti dall'altra soltanto per l'autonomia quantitativamente maggiore degli Stati rispetto alla comunità giuridica internazionale. Non ne differirebbe, però, qualitativamente ed in ispecie agli effetti della «derivazione» (o «delegazione») degli ordinamenti delle comunità giuridiche inferiori da quello della comunità superiore, e della posizione di «organi» che l'ordinamento farebbe agli Stati nell'ambito della comunità giuridica internazionale: Costruzione identica a quella del Kelsen salve le differenze costituite dalla scelta compiuta dal Verdross per il primato del diritto internazionale[447], dalla diversa concezione del rapporto fra persona giuridica e diritto[448], e dal fatto che egli non si limita all'affermazione della norma come esigenza logico-sistematica, ma ne tenta la dimostrazione sulla base della prassi[449].

a) La necessità dell'esistenza di una norma costitutiva-estintiva[450] e della relativa fattispecie deriverebbe, secondo il Verdross, da due ragioni.

La prima ragione sarebbe che se si prescindesse dall'elemento giuridico dello Stato, non si potrebbe nemmeno configurarlo come unità assumibile a soggetto. In difetto dell'elemento giuridico formale, non ci si troverebbe di fronte ad uno Stato, bensì ad una pluralità di individui ed a un territorio[451]. D'altra parte, la presenza di questo elemento

---

[446] Questa concezione è fondata dal Verdross, oltre che sull'estensione pura e semplice delle citate leggi alla comunità internazionale, sulla necessità del primato del diritto internazionale (*Op.* l. cit. nota seg.), e sulla dottrina tradizionale che raffigura gli Stati come parti della repubblica universale. Ricorda il Verdross che «erklärte schon Victoria, der einzelne Staat sei eine "pars totius orbis" eine "provincia... totius Reipublicae". Und Suarez schreibt:"Quapropter licet unaquaeque civitas perfecta... sit in se communitas perfecta et suis membris constans, nihilominus quaelibet illarum est etiam membrum aliquo modo huius universi, prout ad genus humanum spectat"... "Humanum genus quantumvis in varios populos et regna divisum, semper habet aliquam unitatem non solum specificam, sed etiam politicam et moralem"»: e conclude: «Nicht die Staaten sind also die ursprüngliche Gegebenheit, sondern die Staatengemeinschaft ist das logisch Erste, sie ist die Ganzheit, die sich erst in die Staaten zergliedert» (*Verfassung*, cit., p. 39).

[447] VERDROSS, *Verfassung* cit., p. 12 ss. ed i rif. *ivi* alle opere anteriori; KUNZ, *Völkerrechtswisselìschaft und reine Rechtslehre*, Vienna, 1923, spec. p. 81 ss. nonché, *On the theoretical basis of International Law*, nelle *Transaction of the Grotius Society*, X, 1925, p. 115-142; *Landesrecht und Völkerrecht*, nel *Wörterbuch* cit., I, p. 787-797; e *La Primauté du droit des Gens*, nella *Rev. De Dr. Internat. Et de legisl. comp.*, 1926, p. 566 ss.; SCELLE, *Précis de Droit des Gens* cit., I, p. 32 ss.; GUGGENHEIM, *Lehrbuch des Völkerrechts* cit., I, p. 24 ss. ma già *Beiträge zur völkerr. Lehre vom Staatenwechsel*, 1925, p. 11 ss. Per la necessità della scelta già SANDER, *Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung*, 1921, p. 122 ss. con altri riferimenti, e le opere del WALZ e dello SPERDUTI cit. sopra, nota 91-93.

[448] VERDROSS, *Verfassung* cit., p. 118 ss. e *passim* e *Völkerrecht* cit., p. 43, spec. 52 ss. Molto nettamente KUNZ, *Anerkennung*, cit., p. 15-17, spec. 17 pr., ma già *Völkerrechtswissenschaft und reine Rechtslehre*, Lipsia e Vienna, 1923, p. 81 ss. La differenza fra il Kelsen da una parte ed il Verdross e il Kunz dall'altra sta nel fatto che il primo identifica l'ente con l'ordinamento stesso, negando totalmente l'esistenza d'un ente reale, mentre gli altri due identificano l'ente con la comunità giuridica, riallacciandosi alle teorie miste o giuridico-sociologiche della persona giuridica nei confronti delle quali abbiamo già preso posizione sopra, p. 54 ss.

[449] Il KELSEN stesso riconosce questo merito al Verdross ne *La naissance de l'Etat* ecc. cit., p. 614.

[450] Per l'estinzione v. la *Verfassung* cit., p. 144 ss., spec. 149-151.

[451] *Verfassung* cit., p. 126: «Solange man nämlich im blossen Bereich der Tatsachenbetrachtung verbleibt,

sarebbe evidentemente assicurata soltanto qualora vi fosse una norma dell'ordinamento internazionale che legittimasse l'ordinamento giuridico interno[452].

b) La seconda ragione sarebbe costituita dal fatto che l'assunzione degli Stati come , *prius* rispetto al diritto internazionale - che è l'atteggiamento dominante[453] - presupporrebbe uno «stato di natura» in cui gli Stati non si trovassero soggetti ad alcuna norma giuridica: «stato di natura» dal quale gli Stati non potrebbero uscire sino a quando non fossero elevati a «Rechtsorgane» della norma base dall'ordinamento giuridico, ossia in virtù della qualificazione giuridica che li porrebbe in grado di stipulare validamente accordi. Il fatto stesso che la dottrina dominante consideri gli Stati legati da rapporti giuridici derivanti da accordo, dimostrerebbe che essi sono elevati a «Rechtsorgane» della norma fondamentale (*pacta sunt servanda*) da norme di diritto internazionale che stabiliscono quando esista uno «Stato nel senso del diritto internazionale» in grado di partecipare alla produzione di norme giuridiche mediante l'accordo e vincolato dalle norme così poste[454] (105). Per chiarire questo ragionamento l'A. ricorre al parallelo con gli esseri umani nel diritto statuale[455]; e lo stesso parallelo con gli esseri umani e ancora

---

findet man zwar eine Fülle von einzlnen Erkärungen und Handlungen»; e nella stessa opera cit., a p. 127: «Denn nicht der verbundene Stoff, sondern die verbindende Ordnung ist es, die dem Ganzen und damit auch den Gliedern den Stempel aufdrückt». La tesi è a nostro avviso esatta per le persone giuridiche in genere salva la confusione dell'elemento «reale» con quello giuridico nell'essenza dell'ente e l'assegnazione al diritto della funzione «formatrice» ed «unificatrice» di cui si è detto nel Capitolo precedente, a proposito delle teorie di alcuni giuristi italiani (Romano, De Francesco, Biscaretti di Ruffia, ecc.). È esatta, cioè, nel senso che poiché la persona giuridica - a differenza delle persone reali - è un centro meramente giuridico d'imputazione, l'assenza dell'elemento giuridico escluderebbe l'esistenza d'una persona giuridica in senso tecnico. Non nel senso che un ente collettivo non possa essere assunto a soggetto indipendentemente dalla qualificazione della sua realtà sociale intenta. Lo stesso vale per l'analoga concezione del KUNZ, *Anerkennung* cit., p. 15 ss., spec. 17 pr. e *Staatenverbindungen*, p. 11 ss., che si rifà alla critica kelseniana delle teorie pre- o metagiuridiche dello Stato (in *Der soziologische u. der juristische Staatsbegriff*, spec. p. 84 ss.) ma correggendola nel senso della non identificazione fra Stato e diritto e rinviando al VERDROSS, *Verfassung* cit., p. 5-7.

[452] *Ibid.*

[453] *Supra*, p. 174 ss.

[454] *Verfassung* cit., p. 127-129.

[455] «Wenn die herrschende Völkerrechtslehre - egli dice *(Verfassung* cit, p. 127-28) - dies gleichwohl behauptet [che lo Stato costituisce un *prius* rispetto al diritto internazionale], so zeigt es sich nur, dass in ihr noch die alte individualistische Naturrechtslehre vom Gesellschaftsvertrage lebendig ist, die den vorrechtlichen Naturzustand dem durch Vertrag begründeten Rechtszustand gegenüberstellt. Genau nämlich, wie auch dieser Lehre die einzelnen Menschen ursprünglich in zügelloser Freiheit dahinlebten, schliesslich aber durch Vertrag eine Rechtsgemeinschaft begründeten, so verwandeln die Staaten nach der herrschenden Völkerrechtslehre ihren ursprünglichen, natürlichen Machtzustand in einen Rechtszustand, indem sie unter sich Staatsverträge abschliessen.

Ein solcher Übergang von der natürlichen Freiheit zur Rechtsgemeinschaft ist aber unmöglich. Geht man nämlich von einem Naturzustande aus, in dem die einzelnen Staaten noch durch keinerlei Normen verbunden sind, dann kann man aus diesem niemals, auch nicht durch Vertrag herauskommen»... « Besteht demnach im angegebenen Naturzustande keine einzige die Einzelnen überspannende Norm, dann kann ein bindender Gesellschaftsvertrag überhaupt nicht zustande kommen»... « Wenn daher die Einzelnen in Ausübung ihrer Vertragsfreiheit einen Vertrag abschliessen, dann handeln sie nicht als Naturwesen, sondern als Rechtsorgane, die eine der Moglichkeiten der Norm "pacta sunt servanda" verwirklichen», che èquel che avviene secondo il Verdross per gli Stati dal punto di vista del diritto internazionale: «Die... Vereinbarungen abschliessenden Staaten handeln daher als Rechtsorgane der die Staatengemeinschaft begründenden Norm "pacta sunt servanda"> *(Verfassung* cit., p. 128).

da lui invocato in un'opera successiva, *accanto* a quello con le persone giuridiche[456]. Anche per il Verdross, poi, la necessità della norma deriva anche dalla difficoltà di spiegare altrimenti il fenomeno della continuità dello «Stato» in caso di rivoluzione. Ma è questo un motivo d'ordine generale, al quale il Verdross ricollega la necessità del primato del diritto internazionale[457] piuttosto che il punto specifico in discussione in sé e per sé.

c) È sulla base di queste considerazioni che il Verdross, rinviando al Kelsen, respinge l'idea dominante dello Stato-soggetto di diritto internazionale come «ausserrechtliche Tatsache» ed afferma che in verità si tratta di einen völkerrechtlichen Tatbestand... denn ein Staat im Sinne des Völkerrechtes ist eben ein vom Völkerrechte geregelter Tatbestand»[458]. La descrizione *(Umschreibung)* di questa fattispecie si ritroverebbe, contrariamente all'avviso dell'Anzilotti[459], non nella dottrina soltanto, ma nel diritto internazionale positivo e precisamente in «klare gewohnheitsrechtliche Normen», sviluppatesi soprattutto nella prassi relativa alla secessione violenta dalla madrepatria di provincie o colonie costituitesi in Stati indipendenti, e particolarmente evidenti nella loro applicazione alla secessione degli Stati Uniti d'America dalla Gran Bretagna[460].

a) Il solo punto di questo ragionamento che potrebbe avere un valore decisivo agli

---

[456] *Völkerrecht* cit., p. 112, ma già *Entstehung* cit., p. 283.

[457] *Verfassung* cit., p. 16-17.

[458] *Verfassung* cit., p. 129, citando in senso conforme KELSEN, *Souveränität* cit., p. 228 ss.

Procedendo in un ordine d'idee analogo, il KUNZ contrappone molto chiaramente al *Wesensbegriff* dello Stato utilizzato dalla dottrina dominante il *Rechtsinhaltsbegriff* della dottrina normativa, e ritiene che lo «Stato» del diritto internazionale corrisponda ad un *Völkerrechtsinhaltsbegriff*, distinto dallo *Staatsrechtsinhaltsbegriff* dello Stato dal punto di vista interno (*Staatenverbindsngen* cit., p. 18). Di qui la necessità della norma di legittimazione-derivazione internazionale dello Stato.

Dal punto di vista di questi termini, che il Kunz riprende dal SOMLÒ, F., *Juristische Prinsipienlehre*, 1917, p. 251 (distinzione fra *Rechtsvoraussetzungs-* e *Rechtsinhaltsbegriffe)* e più specificatamente dalla contrapposizione dello JELLINEK e del KELSEN fra *Sein* e *Sollen* (*supra*, p. 83 ss.. 105) e dalla *Zwei-Seiten-Theorie* dello Stato del primo (*supra*, p. 114, in nota), la nostra posizione sarà precisata nel Capitolo seguente (III di questa Parte), allorché avremo raccolto gli altri dati necessari per il confronto degli enti soggetti con le persone giuridiche. Per il momento speriamo di aver chiarito che la persona giuridica in genere (*supra*, p. 79 ss.) e lo Stato-persona od organizzazione in ispecie (*supra* p. 111 ss.) costituiscono, dal punto di vista giuridico, proprio dei *Rechtsinhaltsbegriffe* nel senso in cui son tali i dispositivi delle norme, i rapporti giuridici e i diritti e doveri: in un senso più radicale, quindi, che per il Verdross ed il Kunz. Non sono invece *Rechtsinhaltsbegriffe*, per quanto si è detto nella sez. presente, almeno la nascita e l'estinzione degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale.

[459] *Corso* cit., 1920, p. 91 s.

[460] La fattispecie giuridica dello Stato risulterebbe costituita, secondo tale norma, come segue: «Vor allem muss es sich um eine unabhängige Rechtsgemeinschaft handeln, das heisst, eine solche, die ihre Zuständigkeit nicht aus einer anderen Staatsordnung herleitet, sondern ausschliesslich der Völkerrechtssordnung untergeordnet und als solche mit Verfassungsautonomie ausgestattet ist. Weiters genügt es nicht, dass allgemeine Rechtsnormen (Verfassung und Gesetze) erlassen werden; es ist überdies auch erforderlich, dass diese in individuellen Organakten (Recthsgeschäften, Verwaltungsmassnahmen, Richtersprüchen, Zwangsakten) regelmässig erfüllt werden, die Ordnung sich also auf einem abgegrenzten Gebiete nach innen und nach aussen zu behaupten vermag». Il parallelo con le persone giuridiche territoriali del diritto interno, intese nel senso delle teorie giuridico-sociologiche, non potrebb'essere più evidente.

effetti della soluzione della questione in esame è il primo dei due argomenti invocati dal Verdross a sostegno della necessità di considerare lo Stato come un prodotto giuridico piuttosto che un mero fatto: e cioè la considerazione che in difetto dell'elemento giuridico-formale l'ente soggetto corrispondente allo Stato non potrebbe nemmeno essere assunto come unità. Il resto dell'argomentazione, come si vedrà, ha un valore dimostrativo molto inferiore ed è forse addirittura controproducente.

L'idea del Verdross che un gruppo non possa venire assunto a soggetto dall'ordinamento internazionale come ente di fatto - ossia sulla base della sua unità storica - e che l'assunzione a soggetto sarebbe invece possibile solo in quanto il diritto riduca il gruppo ad unità, non è che un'attenuazione della teoria assolutamente negativa del Kelsen riguardo alla possibilità che le norme abbiano per oggetto il comportamento di entità diverse dagli esseri umani, attenuazione che è determinata dal diverso concetto di persona giuridica professato dal Verdross. Il Kelsen, che professa una concezione puramente giuridica delle persone giuridiche, nega che il diritto indirizzi comandi a gruppi e sostiene che esso regola solo comportamenti d'individui servendosi eventualmente a tale scopo del «procédé technique» costituito dalla persona giuridica. Il Verdross, che professa una teoria giuridico-sociologica della persona giuridica, ammette la soggettività dei gruppi, ma richiede la presenza dell'elemento giuridico in funzione «unificatrice». Un gruppo che non sia una *Rechtsgemenschaft* non potrebb'essere assunto a destinatario di norme. Che è l'idea dominante nella teoria delle persone giuridiche, espressa nell'asserzione comune che il diritto «forma», «plasma», «cementa» la realtà sociale sottostante.

Non è difficile peraltro obbiettare che questo atteggiamento del Verdross è altrettanto aprioristico quanto quello del Kelsen, senza contare che è meno chiaro dal punto di vista della teoria generale della persona giuridica[461], La necessità che lo Stato costituisca per l'ordinamento internazionale una *Rechtsgemeinschaft* allo stesso modo come le comunità interne inferiori costituiscono delle *Rechtsgemeinschaften* per l'ordinamento dello Stato, non è provata dal Verdross più di quanto sia dimostrata dal Kelsen la necessità della derivazione degli ordinamenti. È probabile, come s'è visto, che la «legge» del «collegamento fra comunità giuridiche» sussista nell'ambito degli ordinamenti statuali, nel senso che non si diano in questi ultimi - dato il loro carattere interindividuale - dei gruppi soggetti chiusi all'azione del diritto. Sicché al di fuori delle persone reali corrispondenti a individui si diano solo persone giuridiche in senso tecnico. Ma l'estensione di questa «legge» al rapporto fra comunità statuali e comunità internazionale presuppone dimostrato che non si dia ordinamento giuridico che nelle società interindividuali, oppure che la società internazionale sia una comunità giuridica interindividuale. E fino a quando questa prova non venga data in altro modo, la validità della legge nel nostro caso deve essere verificata proprio sulla base della soluzione della questione se gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale costituiscano gruppi di fatto o comunità giuridiche: che è, tra l'altro, la questione di sapere se esista la norma di cui i

[461] Si è visto *supra*, p. 51 ss., spec. nota 19, che tutte le teorie intermedie fra quelle giuridiche e quelle strettamente organiche delle persone giuridiche non costituiscono che degl'inutili tentativi di compromesso. Esse presentano, nonostante le attenuazioni che introducono, tutti i difetti delle teorie organiche radicali.

monisti asseriscono l'esistenza. Dare per risolta la prima questione proprio per risolvere la seconda è anche in questo caso una petizione di principio[462]. Petizione di principio di cui abbiamo già visto la derivazione dall'idea comune a dualisti e monisti che gli enti soggetti del nostro ordinamento siano gli Stati come istituzioni interindividuali[463].

b) Quanto al secondo argomento con il quale il Verdross si propone di dimostrare la necessità della norma in questione - altro elemento nuovo rispetto alla formulazione kelseniana - la considerazione più importante da fare è che esso perde di vista la questione della natura dello «Stato»-soggetto per prendere una direzione completamente diversa.

Fondata com'è sull'asserita impossibilità che gli «Stati» vengano assunti a centri unitari d'imputazione giuridica indipendentemente dalla legittimazione e delimitazione internazionale dei loro ordinamenti, la parte sinora considerata della teoria allude chiaramente alla funzione «unificatrice» che l'ordinamento giuridico svolgerebbe allorché assume a soggetto un *ente morale.* Sembra lecito ritenere, quindi - e lasciamo per un momento da canto il merito dell'affermazione -, che in questa parte dell'argomentazione il Verdross si riferisca agli enti soggetti dell'ordinamento internazionale in quanto enti collettivi che l'ordinamento internazionale dovrebbe elevare a persone giuridiche in senso stretto, e neghi la possibilità (affermata dalla dottrina dominante) di considerare come soggetti di diritto internazionale degli enti collettivi «di fatto». Gli Stati sono enti collettivi, direbbe il Verdross; gli enti collettivi sono assumibili a soggetti solo a patto che il diritto ne costituisca o ne cementi l'unità; un elemento giuridico unificatore è indispensabile anche negli enti collettivi internazionali: *ergo* deve esistere la norma che legittima le comunità giuridiche statuali. La seconda parte dell'argomentazione, invece, non porta proprio nessun elemento favorevole alla tesi che gli enti soggetti costituiscano delle entità giuridiche. Il Verdross afferma, in sostanza, che gli Stati non vivono in «stato di natura» prima di diventare destinatari delle norme da loro poste mediante accordo, ma dovrebbero al contrario esser già soggetti almeno alla norma che prevede l'accordo come fonte[464]; e ciò per la stessa ragione che esclude che la comunità giuridica statuale trovi il suo fondamento in un «contratto». Ma codesto ragionamento ha così poco a che vedere con la dimostrazione della qualità di enti giuridici (piuttosto che di fatto) degli enti soggetti che non la tocca neppure; e se la tocca l'effetto è esattamente l'opposto di quello che l'A. apparentemente desidera.

Da una parte sta la questione di sapere che cosa siano e come vengano in essere o si estinguano gli *enti* ai quali la soggettività internazionale è attribuita, dall'altra la questione di sapere che cosa sia e come sorga la soggettività giuridica internazionale in sé e per sé in capo ad un ente determinato. Che quest'ultima sia una qualità giuridica (astratta o concreta) condizionata alla realizzazione di determinati requisiti e in un certo

---

[462] Lo stesso vale per il rapporto fra l'esistenza della norma in questione e il fenomeno della «continuità dello Stato» secondo il diritto internazionale (*supra*, p. 200 ss. e rinvii *ivi*).

[463] *Infra*, sez. e Cap. seg.

[464] Il Verdross seguiva allora la teoria della norma *pacta sunt servanda* come norma-base dell'ordinamento internazionale.

senso di una «fattispecie» giuridica internazionale[465], nessuno lo contesta. La disputa fra monisti e dualisti verte invece sul primo punto, ossia sulla questione di sapere che cosa siano e come nascano e muoiano gli *enti* soggetti. È da questo punto di vista che la dottrina dominante sostiene trattarsi di *entità di fatto* e il Kelsen, il Verdross e gli altri autori citati sostengono si tratti di un *quid* «giuridico». Ma nella parte sopra riferita della sua argomentazione, il Verdross sembra discutere la prima questione, non la seconda.

Se poi riferissimo al vero punto controverso il parallelo del Verdross fra gli Stati dal punto di vista del diritto internazionale e gl'individui fisici nel diritto interno, dovremmo arrivare alla conclusione che il nostro A. porta piuttosto un argomento a favore della dottrina che combatte. Che non sia un fatto la soggettività degl'individui nessuno lo mette in dubbio, e nessuno mette in dubbio che gl'individui membri delle comunità statuali escano dallo «stato di natura» prima e indipendentemente dalla stipulazione di contratti. Ma non è il diritto che stabilisce se esiste un essere umano, perché l'esistenza di un essere umano è un fatto, e fatti sono la sua nascita e la sua estinzione. Ed è proprio questo che s'intende dire quando si afferma che la nascita e l'estinzione degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale sono dei fatti. Il parallelo del Verdross è dunque controproducente[466].

c) Questa conclusione risulta confermata quando si consideri la parte della teoria del Verdross che riguarda il contenuto della «fattispecie» giuridica internazionale dello Stato. Come per il Kelsen, la fattispecie giuridica dello Stato nel senso del diritto internazionale sarebbe per l'appunto il costituirsi di uno «Stato». Anche qui, dunque, se l'effetto al quale si allude fosse quello dell'«esistenza giuridica» di uno «Stato» come «istituzione» od «organo» della comunità giuridica internazionale, ci troveremmo di fronte a una norma tautologica per la coincidenza tra fattispecie e dispositivo[467].

---

[465] *Supra*, nota 9, p. 10 ss.

[466] L'equivoco appare ancora più evidente quando si consideri l'estensione del parallelo dalle persone fisiche alle persone giuridiche del diritto interno, alla quale il Verdross chiaramente perviene nel *Völkerrecht* cit., p. 112, senza rilevare la differenza fondamentale che sussiste fra le due categorie di soggetti dal punto di vista della funzione che il diritto svolge nei loro confronti: di creazione e legittimazione oltre che di soggettivizzazione formale nel secondo caso e di mera soggettivizzazione nel primo. « Wie die einezelstaatlichen Rechtsordnungen Normen darüber enthalten, in welchem Augenblicke ein Mensch oder eine innerstaatliche Gemeinschaft zum Rechtssubjekt wird, bestimmt auch das Völkerrecht, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, damit der Tatbestand eines souveränen Staates gegeben ist. Dagegen wird in der Regel eingewendet, dass die Entstehung von Staaten ein geschichtlicher und soziologischer Vorgang sei. Diese unbestreitbare Tatsache steht jedoch mit der obigen Behauptung ebensowenig im Widerspruch [?], wie der Umstand, dass die Entstehung des Menschen ein natürlicher Vorgang ist. In beiden Fällen handelt es sich nur darum, dass die Rechtsordnung an das Vorliegen einer natürlichen (biologischen) oder gesellschaftlichen Gegebenheit Rechtsfolgen knüpft » (*Op.* 1 cit.). Ciò si spiega con il fatto che anche il Verdross è un seguace delle teorie della persona giuridica come ente reale dato, ma non può non destar meraviglia quando si consideri che il Verdross ritiene ciononostante cosi essenziale l'elemento giuridico nel fenomeno dell'ente soggetto «collettivo», da escludere ch'esso possa essere assunto a unità se non in virtù di norme. Il che per noi potrebbe anche non avvenire per certi enti collettivi e non avviene per gli «Stati»-soggetti.

Vedremo più avanti che la stessa impropria nozione della persona giuridica impedisce alla larghissima maggioranza dei dualisti d'intendere il significato della natura di fatto del procedimento formativo-estintivo degli enti soggetti, nonostante ch'essi siano quasi tutti d'accordo nel negare che si tratti d'un fenomeno giuridico nel senso del Kelsen.

[467] Quel che vate per l'effetto dell'esistenza dello Stato come comunità giuridica parziale vale per tutti i teoremi monisti, e soprattutto per la pretesa delimitazione di validità spaziale. temporale e personale della competenza statuale da parte dell'ordinamento internazionale e quindi pei rapporti fra gli ordinamenti. Ma su ciò *infra*, Cap. seg.

Conseguentemente la sola funzione che si potrebbe logicamente assegnare alla norma è quella dell'attribuzione della soggettività in senso stretto[468]. Il suo contenuto, del resto, corrisponde proprio a quella che per i sostenitori dell'esistenza di una norma attributiva della soggettività sarebbe la fattispecie della soggettività in senso virtuale, ed ai requisiti che la maggior parte delle norme di diritto internazionale richiederebbero nei loro destinatari secondo la teoria dell'attribuzione automatica della soggettività internazionale.

12. - Nell'ambito della dottrina più o meno decisamente dualista la natura di fatto del procedimento formativo-estintivo degli enti soggetti dovrebbe imporsi in maniera più evidente di quanto non avvenga fra i monisti, e più evidente dovrebb'esserne il significato dal punto di vista della nozione degli enti di cui si tratta. oltre a trovare conferma, infatti, negli atteggiamenti che vedremo, e soprattutto in quel dato della separazione fra gli ordinamenti dal quale abbiamo voluto evitare per il momento di argomentare direttamente[469], l'idea della natura extragiuridica della nascita dell'ente soggetto trova espressione molto netta nell'asserzione frequentissima (e contro la quale è appunto rivolta la teoria criticata dello «Stato nel senso del diritto internazionale»), che la nascita-estinzione dello «Stato» costituisce per l'ordinamento internazionale «un puro fatto, non un effetto di trattato» (leggi «effetto giuridico»)[470], un «geschichtlicher Vorgang»[471], una «Tat» e non una «Rechtsfrage»[472], un «fatto storico» o «metagiuridico»[473]. Malgrado queste affermazioni apparentemente decisive, però, la dottrina dualista stessa non sembra intendere appieno il significato dell'atteggiamento passivo dell'ordinamento internazionale riguardo al fenomeno.

A parte la nozione generale degli enti soggetti ch'essa professa e che si riassume nella identificazione degli enti soggetti corrispondenti a Stati con gli Stati stessi intesi come persone giuridiche[474], ciò appare evidente quando essa stabilisce più o meno deliberatamente un parallelo fra la nascita degli enti soggetti e quella delle persone

---

[468] Sostanzialmente in questo senso QUADRI, *Stato* cit., p. 57, il quale non sviluppa tuttavia il punto alle sue conseguenze logiche perché parte dalla concezione dell'ente soggetto come persona giuridica e come «Stato», negando il problema della nozione autonoma dell'ente soggetto di diritto internazionale *(supra*, nota 25, p. 18). Lo stesso dicasi dello SPIROPOULOS *Théorie gén. du droit international*, Parigi, 1930, p. 121 ss., salva l'ulteriore differenza che questo Autore affida alla norma in questione la soluzione della questione di sapere se sia lecito o meno ad uno Stato di riconoscere lo Stato secessionista prima che la madrepatria accetti la nuova situazione di fatto. Punto questo dal quale prescindiamo in questa sede perché si ricollega alla questione del procedimento attributivo e del valore del riconoscimento.

[469] *Infra*, Cap. seg.

[470] ANZILOTTI, *L'annessione* cit., p. 243.

[471] BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht* ecc. cit., p. 71.

[472] ULLMANN, *Völkerrecht*, cit., p. 66; BURCKHARDT, *Die organisation der Rechtsgemeinschaft* cit., p. 329.

[473] HOLD-FERNECK, *Lehrbuch* cit, I, p. 177; STRUPP, *Eléments*, p. 80; *Règles générales du dr. de la paix* nel *Recueil* cit., 1934, I, p. 422; SPIROPOULOS, *Traité de dr. intern.*, Parigi, 1932, p. 47, nonché buona parte degli autori dualisti cit. sopra, note 7, 12 e 13, p. 175 ss.

[474] *Supra*, p. 25 ss.

giuridiche[475], quando mostra d'intendere l'affermazione che lo «Stato» è presupposto dall'ordinamento internazionale nello stesso senso in cui una parte della dottrina generale dello Stato asserisce che lo Stato è presupposto dal diritto[476], quando sostiene che sarebbe vero si che la formazione-estinzione dello «Stato» è un fatto per l'ordinamento internazionale, ma che questo fatto, come tanti altri, non farebbe che realizzare la fattispecie d'una norma giuridica internazionale, che determina direttamente o indirettamente che uno «Stato» esiste, continua ad esistere o è venuto meno[477], e quando afferma infine - sempre per limitare la discussione presente al procedimento formativo-estintivo degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale - che l'ordinamento si astiene dal regolare la formazione e la vita interna degli Stati in quanto s'ispira al principio dell'effettività[478].

13. - *a*) La ragione principale della mancata rilevazione del significato

---

[475] Si tratta più del mancato rilievo della differenza che dell'affermazione esplicita d'un parallelismo. A parte i riferimenti espliciti (GEMMA, *Appunti* cit, p. 58) o impliciti (come in CAVAGLIERI, *I soggetti* cit., p. 20-21 dell'estr.; FEDOZZI, *Introduzione* cit., p. 100 ss., spec. 102; BISCARETTI DI RUFFIA, *Contributo*, p. 75), il parallelismo si ricollega alla stessa qualifica di persone giuridiche attribuita generalmente agli enti soggetti ed a certi riferimenti che vedremo più avanti (*infra*, Capitolo seg.) all'ordinamento giuridico dell'ente come requisito o elemento essenziale per la sua esistenza o continuità. Atteggiamenti tutti bilanciati, d'altra parte, dal frequente parallelo fra l'atteggiamento dell'ordinamento internazionale riguardo alla nascita-estinzione dello «Stato» soggetto e quello dell'ordinamento interno rispetto alla nascita d'un individuo (per il quale ANZILOTTI, *L'annessione* cit., p. 246; STRUPP, *Règles générales* cit., p. 423; FEDOZZI, *Introduzione* cit., p. 106 ss.; BISCOTTINI, *Sulla formazione dello Stato*, cit., p. 404 e buona parte degli autori cit. *supra*, nota 7, p. 175 s.).

[476] Anche qui è difficile cogliere affermazioni esplicite perché la dottrina non si è posto il problema nei termini in cui noi riteniamo si debba porre. Il parallelismo, che risale all'identificazione dei due problemi da parte di quella dottrina pubblicistica che concepiva il diritto internazionale come diritto pubblico esterno o autolimitazione, e risale spec. allo HEGEL, *Grundlinier der Philosophie des Rechts*, 2ª ed. Gans, Berlino 1850, §§ 258, 260 ss., 330 ss. ed allo JELLINEK, *Aligem. Staatslehre* cit., ediz. it., p. 294 ss., ma già *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, Vienna, 1882, p. 256 ss., si trova richiamato più o meno esplicitamente - e senza le riserve che, come si vedrà, sarebbero necessarie - da numerosi internazionalisti e costituzionalisti. V., p. es., ROMANO, *L'instaurazione di fatto* cit., p. 5 ss. HEILBORN, *Subjekte d. Völkerrechts* cit., p. 571; CAVAGLIERI, *I soggetti* cit., p. 20 ss. dell'estr.; *Note in materia di sucess. di Stato a Stato*, nella *Rivista* cit., 1924, p. 32-33; BISCARETTI DI RUFFIA, *Contributo* cit., p. 12 ss., 249-50 testo e nota 13; e forse il QUADRI, *Stato* cit., p. 19-20 dell'estr. Ma la commistione è particolarmente evidente, come vedremo, in tema di continuità dello «Stato»-soggetto di diritto internazionale, sulla quale *infra*, Parte III, Cap. III, ma già *supra*, p. 200 ss. Allo stesso duplice significato si rifanno - in senso critico dal punto di vista del diritto internazionale - i teorici monisti dello «Stato nel senso del diritto internazionale», per contrapporre poi allo Stato-fatto del diritto interno assunto come originario lo Stato legittimato dall'ordinamento internazionale, come fa il VERDROSS, *Entstehung* ecc., cit., spec. 283-284. Con la questione che sarà discussa nel testo non ha nulla a che vedere la distinzione che invece si suol fare tra i due punti di vista, agli effetti della valutazione, da parte dell'uno o dell'altro ordinamento, dei fatti che conducono alla formazione o all'estinzione dello «Stato»: per la quale BISCOTTINI, *Sulla formazione dello Stato* cit., ma spec. *L'annessione e la fusione* ecc., nella *Rivista* cit., 1940, p. 133 ss.

[477] La formulazione più precisa di questa idea è in BALLADORE PALLIERI, *L'estinzione di fatto* ecc.. cit., 3 ss., *passim*, ma spec. .58 ss.; e *Dir. internaz. pubbl.* cit., p. 126. Essa è condivisa tuttavia forse inconsciamente dagli autori (ROMANO, STRUPP, MONACO, BISCARETTI DI RUFFIA ed altri) secondo i quali l'ordinamento internazionale «qualificherebbe» gli enti soggetti - agli effetti della personalità e capacità - come «Stati», «insorti» ecc. Ma su quest'ultimo punto, che assume un aspetto più generale, *infra*, Cap. seg.

[478] SPERDUTI *L'individuo nel dir. internaz.* cit., num. 6-11 del Cap. I. Alludiamo al riferimento all'effettività intesa in senso diverso dal requisito dell'organizzazione effettiva che si è visto costituire la condizione *sine qua non* della soggettività giuridica internazionale dell'ente corrispondente a uno Stato. Ma ciò potrà esser chiarito solo nella discussione che segue.

dell'elemento in questione è costituita dalle improprie concezioni della persona giuridica criticate, e secondo le quali anche questo fenomeno presupporrebbe, al pari di quello della persona fisica, l'esistenza d'un ente reale *dato*. Una volta poste le cose in questi termini, è naturale che la qualità di «mero fatto» della nascita-estinzione degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale appaia come un fenomeno perfettamente «normale» al confronto con quello della nascita-estinzione delle persone giuridiche. Come nel caso degli altri «enti morali», le «persone giuridiche»corrispondenti agli enti soggetti verrebbero in essere allorquando, dato un ente reale e verificandosi certi presupposti di fatto, il diritto riconosce esistenti nell'ente gli estremi della soggettività. Nell'uno come nell'altro caso saremmo in presenza di uno o più fatti e di una o più norme, i primi costituenti la realizzazione delle fattispecie previste dalle seconde. E nell'uno come nell'altro caso l'esistenza di una persona giuridica sarebbe l'effetto d'una norma nello stesso senso in cui e effetto d'una o più norme l'esistenza d'una persona fisica (soggettività). Si è visto peraltro che questa descrizione del fenomeno della persona giuridica non risponde alla realtà ed oscura la differenza fra enti morali e persone fisiche. Quest'ultime nascono e si estinguono in fatto, e il solo effetto giuridico che si verifichi nei loro confronti è costituito dalla soggettività in senso stretto. Le persone giuridiche, invece, vengono in essere come effetti giuridici anche quando vengano legittimate e personificate *dopo* il costituirsi d'una organizzazione effettiva: e come effetti giuridici vengono eventualmente meno. La circostanza, dunque, che gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale vengano in essere e si estinguano in linea di fatto - a parte il fenomeno di soggettività in senso stretto -, significa che dal punto di vista in discorso essi somigliano alle persone *reali* più che alle persone giuridiche.

Si è notato più sopra che nel caso degli enti soggetti diversi dagli esseri umani non è facile dire se ci si trovi di fronte a un ente di fatto elevato dal diritto a soggetto ovvero a un «ente» creato o legittimato dal diritto come centro artificiale d'imputazione, a causa dello stretto rapporto che esiste tra il fenomeno di soggettività in senso stretto e la legittimazione dell'organizzazione o della comunità giuridica alla quale il centro giuridico d'imputazione corrisponde[479]. Ed è naturale che la difficoltà aumenti di fronte agli enti soggetti in esame, sia per la complessità dei fattori sociali d'ordine interno e internazionale che concorrono a determinare il fenomeno, sia per il carattere consuetudinario e quindi non scritto del diritto internazionale. Ancora una volta la difficoltà e tuttavia superabile quando si tenga presente il significato più profondo della comune asserzione che le persone giuridiche sono «create» dal diritto. Non solo ciò non significa soltanto che la soggettività è un effetto giuridico, ma non significa nemmeno, puramente e semplicemente, che il diritto tende a dare una certa forma o struttura all'ente. Quell'affermazione significa invece che il diritto, appunto in quanto crea un centro artificiale di soggettività ed imprime all'ente una determinata forma, inevitabilmente antepone all'ente reale sottostante - quando ve ne sia uno - l'entità giuridica alla quale l'ente reale deve adeguarsi. E l'irrilevanza giuridica internazionale del procedimento formativo-estintivo dello «Stato»-soggetto esclude evidentemente l'esistenza d'un effetto giuridico del genere.

---

[479] *Supra*. p. 58 ss.

Tutto questo alla dottrina dualista dominante sfugge perché la mancata distinzione fra i due termini del problema le impedisce di cogliere, da un lato il tratto distintivo fra persone giuridiche e reali e dall'altro il significato del difetto di legittimazione ed organizzazione degli «Stati» da parte del diritto internazionale. Nella teoria della persona giuridica, il difetto della distinzione fra i due termini porta civilisti e pubblicisti interni a confondere la giuridicità dello stesso centro d'imputazione con la giuridicità del fenomeno di soggettività in senso stretto, ostacolando così la percezione della natura *giuridica* del primo fenomeno. Nel caso degli enti soggetti, esso porta a scambiare la giuridicità del fenomeno dell'attribuzione all'ente della soggettività *stricto sensu* (diritti e doveri) con una pretesa legittimazione, qualificazione, creazione dell'ente, impedendo così alla dottrina internazionalistica di rendersi conto del significato della natura di *fatto* del procedimento formativo-estintivo agli effetti della nozione dell'ente: ed eventualmente viceversa[480].

14. - *b*) I.'assimilazione della «priorità» dello Stato rispetto al diritto internazionale alla «priorità» della formazione politica rispetto al diritto interno assume inevitabilmente un significato particolare per l'apprezzamento del primo fenomeno, perché la concezione dello Stato in senso materiale come un *prius* rispetto al diritto non escluderebbe, stando alla maggioranza della dottrina, la possibilità di concepire ugualmente la nascita dello Stato come la nascita dell'ente corrispondente a una persona giuridica. E ciò

---

[480] Molto chiara la distinzione fra l'esistenza di fatto dello «Stato» e la qualifica giuridica (nel senso di soggettività) dipendente dall'ordinamento internazionale, in MORELLI, *Nozioni*, cit., p. 125 e 136-37, il quale resta peraltro anche lui nell'ambito della concezione dominante degli enti soggetti. Confusa invece la maggioranza della dottrina citata. A parte la tesi di una parte di questa dottrina che verrà esaminata *ex professo* più avanti, la confusione fra l'esistenza di fatto dell'ente e la soggettività giuridica (della quale abbiamo visto un esempio di campo monista nel passo del VERDROSS rip. *supra*, nota 50, p. 70) è piuttosto evidente in ANZILOTTI, *Corso* cit., 1928, p. 152; in CAVAGLIERI, *Corso* cit., spec. 198 ss.; in FEDOZZI, *Introduzione* cit., p. 99 ss., spec. 109, e dipende sia dalla confusione fra questi due elementi già rilevata nella teoria generale delle persone giuridiche, sia dalla confusione fra la nascita dello Stato e dell'ordinamento come fatto storico dal.punto di vista interno e il fatto della nascita dell'ente soggetto, che vedremo essere un fatto storico in un senso diverso e più intenso (testo, sub *b*). Un esempio particolarmente evidente della estrema confusione d'idee che regna in dottrina su questo punto è nel CAVAGLIERI, *I soggetti* cit., p. 19-21, dove ai già rilevati equivoci sul significato della *vindicatio in libertatem* dell'ordinamento internazionale nell'attribuzione della soggettività e sui problemi metodologici connessi con la nozione degli enti soggetti (*supra*, p. 18 ss. spec. nota 32), si aggiunge una interpretazione tutt'attro che chiara della dottrina monista dello «Stato nel senso del diritto internazionale» sopra esaminata Anziché porre in discussione, come sarebbe logico, l'idea monista della «creazione» e «legittimazione» dell'ente come ordinamento o comunità giuridica - punto fondamentale di divergenza fra una visione realistica e conseguentemente dualistica dell'ordinamento internazionale e l'ottimistica concezione critica (*Op. cit.*, p. 19) al «concetto che l'indagine normativa... [il metodo della *reine Rechtslehre*]... richieda che ogni ordinamento giuridico elabori di per sé, in armonia ai suoi peculiari caratteri, una propria definizione dei suoi soggetti, al difuori di ogni elemento estraneo, di ogni definizione dei medesimi enti elaborata da altre discipline»: concetto al quale l'ANZILOTTI avrebbe avuto il torto d'ispirarsi nella *vindicatio in libertatem* ricordata. Ma quali che siano i difetti formali della dottrina dell'Anzilotti su questo punto - difetti che più sopra abbiamo cercato di spiegare (nota 28, p. 20 s.) -, l'idea che ogni ordinamento proceda per proprio conto alla definizione dei destinatari delle proprie norme è pacifica, è sostanzialmente seguita dallo stesso A. cit. e non è una scoperta della «reine Rechtslehre». L'atteggiamento peculiare di questa dottrina nei confronti della nascita-estinzione degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale sta nell'idea insostenibile della *legittimazione* o creazione degli Stati come effetti giuridici internazionali, non nella derivazione della *definizione* dei soggetti dall'ordinamento che ne regola la convivenza. Altro è che una norma «definisca» cioè *descriva* gli enti destinatari, altro è che li «legittimi», cioè li crei come enti giuridici. Quello dell'A. cit. è un caso in cui la confusione fra la legittimazione dell'ente e la sua assunzione a destinatario porta a scambiare la mancanza di «legittimazione» dell'ente soggetto - in quanto ente di fatto - con un difetto di «definizione» che sarebbe - come si è visto rilevare di recente dal BALLADORE PALLIERI - assolutamente inconcepibile (*supra*, nota 9, p. 10 ss., spec. p. 12).

indipendentemente dal merito dell'affermazione che lo Stato sia un *prius* rispetto al diritto, e dalla rispondenza di un fenomeno siffatto alla nozione della persona giuridica che riteniamo più esatta[481].

Evidentemente non esclude, quella concezione, che lo Stato appaia, a fenomeno giuridico prodottosi, come l'organizzazione *giuridica* della società. È relativamente facile, però, eliminare qualunque possibilità di dubbio circa la assoluta mancanza non dico di nesso reale o logico, ma della benché minima analogia tra il rapporto fra Stato e diritto statuale da una parte e Stato e diritto internazionale dall'altra.

Il rapporto tra il fenomeno associativo statuale e l'ordinamento statuale stesso s'identifica con il rapporto fra l'esistenza di un fenomeno associativo nell'ambito di una collettività umana e l'esistenza dell'ordinamento giuridico della collettività stessa. Nel caso che c'interessa invece, poiché si discorre del rapporto fra l'ordinamento e la nascita estinzione o modificazione dei singoli «Stati»-soggetti, non si tratta di risolvere la questione del rapporto cronologico fra diritto e Stato perché si parte senz'altro dal dato dell'esistenza dell'ordinamento giuridico internazionale indipendentemente dall'esistenza di questo o quello Stato. Nel primo caso, perciò, l'affermazione che lo Stato è «presupposto» dal diritto - affermazione che va corretta come s'è visto nel senso che il diritto presuppone la *società* - è legata alla circostanza o alla pretesa circostanza che prima che esista lo Stato non esiste l'ordinamento che ne qualifica l'organizzazione e la struttura e che lo eleva a soggetto: circostanza che non impedisce comunque di considerare lo Stato come persona giuridica dal punto di vista del suo stesso ordinamento una volta che questo sia venuto in essere[482]. Nel secondo caso, l'affermazione che lo Stato è «presupposto» dal diritto assume un significato completamente diverso, in quanto implica un atteggiamento passivo o indifferente dell'ordinamento rispetto al fenomeno *in costanza* dell'ordinamento stesso[483]. La domanda alla quale si risponde quando si afferma o si nega che lo Stato sia presupposto dall'ordinamento internazionale riguarda cioè l'atteggiamento (attivo o passivo) dell'ordinamento stesso nei confronti dell'organizzazione e struttura dello Stato: quesito parallelo a quello che ci siamo posto in ordirle all'atteggiamento dell'ordinamento interno rispetto alle comunità giuridiche inferiori[484]. E la «presupposizione» vuole esprimere per l'appunto l'indifferenza che

---

[481] *Supra*, p. 111.

[482] Si è visto che è questo uno dei segni più evidenti dell'insostenibilità delle dottrine statualistiche del diritto (*supra*, p. 101).

[483] L'ordinamento internazionale ha per presupposto una società di «Stati», non l'esistenza dello «Stato» *A*, *B* o *C*. Che l'esistenza di uno o più Stati determinati sia un presupposto dell'ordinamento internazionale nello stesso senso in cui si afferma da una parte della dottrina del diritto interno che lo Stato è un *prius* rispetto all'ordinamento interno, sarebbe lecito affermarlo solo nell'ambito di una concezione monista (o pluralista) fondata sulla tesi *del primato del diritto interno*; la teoria del diritto internazionale, p. es., come autolimitazione o «diritto pubblico esterno» (*supra*, p 211 s.): concezione che è ormai pacifico abbia fatto il suo tempo. L'affermazione che lo «Stato» è presupposto dal diritto internazionale deve invece essere inquadrata nella concezione dell'ordinamento internazionale come un ordinamento che esiste indipendentemente dall'esistenza di uno o più «Stati» determinati. Ed il solo senso ch'essa può assumere in questo caso è che lo Stato sia *presupposto* dall'ordinamento internazionale, non il *presupposta* dell'ordinamento internazionale.

[484] *Supra*, p. 56.

l'ordinamento dimostra per la «legittimità» dello .Stato e che è paragonabile. in un certo senso, alla passività dell'ordinamento interno di fronte alla nascita-estinzione degl'individui[485]. Del che vedremo le conseguenze particolari per l'impostazione del problema della c. d. «continuità dello Stato» nel diritto internazionale[486].

15 - *c*) Quanto alla tesi che il sorgere di uno «Stato»-soggetto e la sua persistenza o estinzione costituirebbero dei fatti, sì, ma dei fatti «contemplati e resi rilevanti» dall'ordinamento internazionale, essa è stata sostenuta in campo dualista in una delle poche monografie dedicate in Italia all'argomento. L'importanza che questa tesi riveste per lo studio presente - specie dal punto di vista delle sue implicazioni monastiche -, e l'autorità dello scrittore che l'ha sostenuta e recentemente confermata[487]. c'impongono di considerarla con particolare attenzione[488].

Premesso che egli è d'accordo sul punto che l'estinzione come la nascita e le modifiche degli «Stati»-soggetti costituiscono dei fatti, L'A. citato respinge l'idea dell'Anzilotti che si tratti di *puri fatti* che s'impongano «di per sé e che l'ordine internazionale passivamente subisce»[489]. Al contrario, «l'estinzione degli Stati nel diritto

---

[485] Al fenomeno della soggettività internazionale dello «Stato» sottostà una realtà che, quale che sia il suo preciso rapporto (d'identità o meno) con l'ente soggetto e il grado di similarità o diversità rispetto alla realtà sottostante alle persone giuridiche in senso tecnico, è senza dubbio diversa da quella che sottostà al fenomeno della soggettività giuridica degl'individui fisici nel diritto interno. *Grosso modo*, questa diversità si può esprimere dicendo che la realtà sottostante al fenomeno della soggettività giuridica internazionale degli «Stati» è costituita da gruppi di individui. Conseguentemente, nemmeno il più «reazionario» dei dualisti potrebbe contestare che l'ordinamento giuridico internazionale possa tenere di fronte alla realtà in questione un atteggiamento positivo-attivo oppure un atteggiamento negativo-passivo. Ma la questione va risolta nel secondo senso, come s'è visto, perché l'ordinamento internazionale non s'interessa affatto del modo come lo «Stato» viene in essere o si estingue, ma si contenta di sapere che esso sia costituito, modificato o estinto, e perché non esiste alcun criterio di legittimità internazionale dell'ente. È insomma esattamente il contrario di quel che avviene per le persone giuridiche del diritto interno.

[486] A parte i brevi cenni già fatti sull'argomento, ci riserviamo di trattare questo problema quando avremo completato l'indagine sulla nozione degli enti soggetti. Ci limitiamo ad osservare, per chiarire il punto discusso nel testo, che l'impropria nozione degli enti soggetti dal punto di vista del concetto di persona giuridica in senso tecnico porta la dottrina dualista - quale che sia il valore della spiegazione della continuità degli obblighi come continuità dell'ente che anch'essa segue - a identificare il carattere extragiuridico o giuridico, che a torto o a ragione essa attribuisce al problema dal punto di vista del diritto internazionale, con il carattere pregiuridico o giuridico che esso riveste dal punto di vista del diritto interno. Il tutto complicato enormemente, come si vedrà, dal diverso modo d'intendere il rapporto fra Stato e diritto interno e dal diverso significato che il «giuridico» e il «pre-» o «extragiuridico» assumono a seconda che si consideri il problema internazionalistico o quello interno.

Alla necessità della distinzione accenna lo ZICCARDI, *La costituzione* cit., p. 130 ss., ma da un punto di vista diverso dal nostro e che lo porta ad affermare, sia pure incidentalmente (p. 132, 133), che la questione della estinzione dello «Stato»-soggetto di diritto internazionale implichi un riferimento a «norme» o alta «valutazione giuridica di determinati fatti». Il che per noi non è esatto per lo «Stato»-soggetto di diritto internazionale più di quanto non lo sia per l'individuo nel diritto interno.

[487] BALLADORE PALLIERI, *L'estinzione di fatto degli Stati secondo il dir. internaz.*, Messina, 1932; *Dir. internaz. pubbl.* cit., p. 126.

[488] Un riferimento del genere a «norme» o «valutazioni» si trova anche in altri autori che non trattano il problema *ex professo.* Così in ZICCARDI, *Op.* l. cit. *supra*, nota 138.

[489] *Op*. cit., p. 4 ss. Il Balladore Pallieri si riferisee alla teoria dell'ANZILOTTI, quale si trova formulata ne *L'annessione del Congo* cit., p. 243, e nel *Corso* cit., 1928, p. 162, 168 ed all'opinione analoga del CAVAGLIERI, *Corso* cit., 2ª ed., Napoli, 1932, p. 191-94.

internazionale» - e quel che vale per l'estinzione vale evidentemente per la formazione ed i mutamenti degli «Stati» sarebbe «sempre in qualche modo *determinata* e *voluta* da norme giuridiche internazionali». Quei fatti «che appaiono causare di per sé la fine dello Stato sortono invece quest'effetto solo perché *così dispone* una delle norme anzidette»[490]. Ciò in base al «generale e fondamentale postulato» che in tanto una simile forma di estinzione è possibile «in quanto esista una *precisa norma internazionale* che ricolleghi al verificarsi di quel fatto la conseguenza dell'estinzione del soggetto internazionale»[491]. E a questo punto il Balladore Pallieri menziona esplicitamente altre teorie avanzate negli ultimi tempi, e in particolare quella del Verdross, cioè la regola dell'effettività intesa come «condizione internazionale» della «validità» dell'«ordre étatique»[492]. Osservato però che la teoria del Verdross non sarebbe soddisfacente, in quanto il principio di effettività al quale essa fa capo è solo un criterio informatore della norma giuridica ma non una vera norma internazionale, L'A. citato si pone il compito dell'individuazione di questa norma, con particolare riguardo ai casi in cui più che l'estinzione totale degli elementi dello Stato si verifichino delle «trasformazioni degli ordinamenti interni» (aumenti e diminuzioni di territorio, ma specialmente i mutamenti costituzionali), e nei quali sorge la questione dell'estinzione o della continuità dello Stato[493]: In questi casi si potrebbe dubitare ancora meno che in quelli di totale estinzione - secondo il Balladore Pallieri - «che è al diritto internazionale che spetta di determinare quale soluzione è da accogliere»[494], dato l'accordo che sussiste in dottrina in merito all'esistenza delle regole di diritto internazionale che dispongono la «continuità dello Stato malgrado i mutamenti territoriali e i rivolgimenti costituzionali»[495]. Impostata così la questione, L'A. citato procede all'analisi del problema della continuità dello Stato nei casi di rivoluzione o colpo di Stato[496] e nei casi di unione o smembramento[497] dal punto di vista del diritto interno e del diritto internazionale. Sul primo problema, egli respinge la dottrina secondo la quale la continuità interna dell'ente verrebbe interrotta dalla rivoluzione che è la teoria più diffusa e sostenuta fra gli altri dal Merkl[498] e dal Kelsen[499] [500], in quanto

---

[490] *Op.* cit., p. 7. I corsivi sono nostri anche nei passi riportati in seguito.

[491] *Op.* cit., p. 7.

[492] *Op.* cit., p. 8. Il Balladore Pallieri si riferisee alla dottrina del VERDROSS, in *Règles générale du dr. internat. de la paix*, nel *Recueil des Cours* cit., 1929, V. L'A. ricorda inoltre che alla teoria del Verdross ha aderito il FEDOZZI (*Op.*. cit., p. 8).

[493] *Op.* cit., p. 10-11.

[494] *Op.* cit., p. 11.

[495] *Op.* cit., p. 11-13.

[496] Ritenuti più interessanti per i problemi più complessi cui danno luogo *(Op.* cit., p. 13).

[497] *Op.* cit., p. 35.

[498] *Die leihre von der Rechtskraft*, Lipsia e Vienna, 1923, p. 210, 213, 236 153, 179.

[499] *Der soziologische u. Der juristische Staatsbegriff* cit., p. 95.

l'ordinamento rivoluzionario troverebbe in ogni caso la sua legittimazione in una «fonte del preesistente ordinamento»: la «necessità»[501]. Con la conseguenza che sussisterebbe perfetta uniformità fra diritto internazionale e diritto interno nel senso della continuità dello Stato. La stessa uniformità di atteggiamento si troverebbe poi nei due ordinamenti in tema d'incorporazione, fusione e smembramento[502], nonché in altri casi quali la ricostituzione d'uno Stato sul territorio d'uno Stato estinto[503] e il caso della *debellatio*[504], Da tutto ciò deriverebbero, secondo l'A. citato, due cose. In primo luogo, «se esiste una norma internazionale la quale in modo generale determini quale fatto provoca l'estinzione dello Stato in quanto soggetto internazionale, detta norma non può avere altro contenuto se non quello di richiamarsi al diritto interno, e di stabilire che il soggetto si estingue quando e solo quando lo Stato si estingue per il diritto interno»: il che deriverebbe dalla costatata uniformità di criteri seguita dai due ordinamenti[505]. In secondo luogo si dovrebbe concludere che quella norma di diritto internazionale esiste, sia perché altrimenti non si spiegherebbe «la regolarità con la quale l'ordinamento internazionale segue il diritto interno»[506], sia e soprattutto perché l'esistenza del principio della «continuità dello Stato» nel diritto internazionale «significa che il diritto internazionale si è occupato di questa materia»[507], sia infine perché la prassi dimostrerebbe l'esistenza del convincimento degli Stati «di potere pretendere di *venire considerati come i medesimi Stati* preesistenti o come Stati nuovi a seconda di quanto è avvenuto nel loro interno»[508]. Vi sarebbe dunque una norma consuetudinaria «per la quale *lo Stato cessa di esistere* come *ente internazionale* quando prende fine il suo ordinamento interno»[509] e le questioni attinenti alla continuità o meno d'uno Stato andrebbero risolte accertando se l'ordinamento interno di cui si tratta «voglia essere la continuazione dell'ordinamento che precede e se abbia continuato a svolgersi dalle norme che questo costituiscano»[510]. La norma di rinvio in questione «comprenderebbe» la regola dell'effettività, poiché secondo il diritto interno al concetto di Stato è collegato

---

[500] *Op.* cit., p. 16 ss., spec. 23 ss.

[501] *Op.* cit., p. 31-34. Il Balladore Pallieri rinvia su questo punto spec. al ROMANO, *L'instaurazione di fatto*, ecc. cit. Una tesi analoga sembra ora sostenuta dall'A. nel *Dir. costituz.* cit., p. 42.

[502] *Op.* cit., p. 35-58.

[503] *Op.* cit., p. 58 ss.

[504] *Op.* cit., p. 59.

[505] *Op.* cit., p. 59-60.

[506] *Op.* cit., p. 60.

[507] *Op.* cit., p. 60 ss.

[508] *Op.* cit., p. 62.

[509] *Op.* cit., p. 62.

[510] *Op.* cit., p. 63.

anche quello di efficacia dell'ordinamento[511].

Questa tesi ci lascia in qualche punto perplessi, perché non è sempre assolutamente chiaro se l'A. si riferisca al fenomeno di soggettività *stricto sensu* come titolarità di diritti e doveri da parte d'un ente dato, oppure alla legittimazione della comunità statuale e del suo ordinamento ed alla sua qualificazione come «Stato», ovvero a tutte e due queste cose insieme. Difetto che è il portato della nozione dominante della persona giuridica e dei fattori rilevati sopra ai punti *a* e *b*. La prima ipotesi sarebbe avvalorata dai numerosi riferimenti alla soggettività, al soggetto o allo Stato in quanto soggetto. A giudicare però dall'esplicito riferimento alla teoria del Verdross ed al Fedozzi e soprattutto dalla ripetuta menzione di una funzione di «legittimazione» o qualificazione dell'ente come «Stato» o «ente internazionale»[512], nonché dalla tesi sostenuta, sembra che l'interpretazione più esatta sia la seconda[513]. Il che porta la.dottrina del Balladore Pallieri molto vicino a quella monista, salvo differenze evidenti e soprattutto l'idea del rinvio al diritto interno e la nota appartenenza dell'A. alla corrente dualista. Sia chiaro ad ogni modo che nel primo senso la teoria in esame ci troverebbe pienamente consenzienti, in quanto non vi è dubbio nemmeno per noi che la titolarità di situazioni giuridiche abilitanti o di diritti e doveri rientri nel novero delle «conseguenze giuridiche» e sia determinata dal funzionamento di norme[514]. È lo stesso carattere pacifico di questo punto che porta d'altra parte a ritenere che la teoria in esame spinga la «giuridicizzazione» del fenomeno - se ci si consente l'espressione - al di là della soggettività in senso stretto per arrivare allo «Stato», cioè all'*ente* soggetto[515]. E da questo punto di vista essa presenta a nostro avviso due difetti in parte coincidenti con quelli già rilevati nelle teorie moniste e in parte ad essa peculiari.

Per cominciare dal punto centrale della teoria, che è quello della continuità giuridica internazionale dello «Stato»-soggetto in caso di rivoluzione o colpo di Stato, il difetto della costruzione sta innanzitutto (ma non soltanto) nel fatto che essa parte dall'idea che l'ordinamento interno non subisca in questa ipotesi soluzione di continuità. E questa idea non sembra sostenibile. Il tentativo rivoluzionario - e pensiamo per il momento alla rivoluzione che porti alla formazione di un «governo di fatto generale» - è per definizione un fatto antigiuridico rispetto all'ordine esistente[516]. A parte le varie ipotesi intermedie di colpi di mano che costituiscano nonostante la loro antigiuridicità e indipendentemente da questa loro qualifica, il motivo di mutamenti costituzionali parziali

---

[511] *Op.* cit., p. 63.

[512] V. i passi sopra riportati nel testo.

[513] Questa interpretazione è avvalorata anche dal fatto che il BALLADORE PALLIERI sembra ritenere con il ROMANO, *Corso di dir. internaz.* 2ª ed., Padova.

[514] *Supra*, nota 9, p. 10 ss., spec. p. 12.

[515] Se così non fosse del resto, non si vedrebbe nemmeno la ragione del dissenso dell'A. cit. dalla dottrina dell'Anzilotti da lui ricordata.

[516] V. la definizione in PERASSI, *Introduzione alle scienze giur.* cit., p. 14 ss.

nel quadro delle norme fondamentali e delle istituzioni esistenti[517], di fronte a questo fatto antigiuridico si possono verificare solo due possibilità. O l'ordinamento esistente resiste con successo ristabilendo la legalità, ed allora non ci sarà stata che una ribellione domata. oppure l'ordinamento vecchio non riesce a resistere al «nuovo ordine», ed allora si dovrà dire che c'è stata rivoluzione e c'è stata l'estinzione dell'ordinamento preesistente, cioè soluzione di continuità costituzionale. Tale conclusione non è smentita a ben guardare né dal fatto che restino in vita e continuino a funzionare la maggior parte delle norme che regolavano i rapporti di diritto privato o anche certi rapporti di diritto pubblico - il fatto cioè che non si determini uno stato di anarchia[518] - né dal fatto che l'ordinamento sorto dalla rivoluzione o quello dello stesso periodo rivoluzionario mantenga in vita, recependole, queste norme o addirittura legittimi, al ristabilirsi dalla normalità, l'ordinamento preesistente per il periodo durante il quale ha funzionato. Il primo non è di per sé un fenomeno di continuità costituzionale. Il secondo consiste o nella mera recezione materiale di norme prive in se stesse di valore giuridico oppure nella legittimazione *a posteriori* - e con certe riserve - dell'ordinamento antico da parte del nuovo. Non sembra che la «necessità» - sulla quale la teoria in esame fa leva[519] - si possa considerare come una fonte comune all'ordinamento nuovo ed all'antico né il comune denominatore di entrambi, perché la «necessità» - secondò le teorie che considerano questo fatto come produttivo di diritto - costituisce se non erriamo una fonte in senso materiale e in quanto tale in sé e per sé indifferenziata e comune a tutti gli ordinamenti. La necessità generica che sussista un ordinamento nell'ambito di una società non vale certo a identificare un ordinamento determinato ma si riferisce ugualmente a tutti gli ordinamenti che in quella società possono costituirsi; e se l'ordinamento tende all'universalità, come è il caso degli ordinamenti statuali, non s'identifica attraverso la necessità che un solo ordinamento: l'unico. Se invece la necessità si specifica, allora è chiaro che vi saranno tanti ordinamenti quante le specificazioni. Nell'ordinamento russo pre-rivoluzionario - tanto per usare l'esempio kelseniano - sarà stata fonte suprema la «necessità» di obbedire allo Zar, o agli Zar che si succedevano in un certo modo. Nell'ordinamento attuale sarà fonte suprema la necessità di obbedire al Soviet supremo. E poiché si tratta di «necessità» diverse, siamo in presenza di ordinamenti diversi[520].

---

[517] Che sono le ipotesi considerate dallo ZICCARDI, La *costituzione* cit., p. 142 ss., spec. 143 ss. per combattere - a nostro avviso giustamente - l'idea della *reine Rechtslehre* che «ogni rivoluzione la quale raggiunga il proprio scopo attuando una *situazione giuridicamente efficace per vie giuridicamente illecite* importa l'estinzione dell'ordinamento contro il quale sia insorta e la nascita di un nuovo ordinamento» (*Op*. cit., p. 140 e riferim. *ivi* e nelle pag. seg.) (corsivo nostro). Per queste ipotesi concordiamo con il BALLADORE PALLIERI, *L'estinzione di fatto* cit., p. 23 ss., nel ritenere che la soluzione di continuità sia da escludere.

[518] Sulla impossibilità o estrema improbabilità di questo fenomeno v. le considerazioni del BISCARETTI DI RUFFIA, *Contributo* cit., p. 258; e BISCOTTINI, *L'annessione e la fusione* cit., p. 172. Per l'irrilevanza dell'argomento tratto da questa impossibilità a sostegno della tesi negativa della soluzione di continuità in caso di rivoluzione, v. ZICCARDI, *La costituzione* cit, p. 138.

[519] Su altri meno importanti argomenti della teoria in esame v. ZICCARDI, *La costituzione* cit., p. 135 ss., specie 137.

[520] Considerazioni analoghe valgono per il rilievo dell'A. citato (*L'estinzione* ecc., p. 29 ss.) che l'«ipotesi

Venendo dunque alla nostra questione, se l'ordinamento internazionale rinviava prima della rivoluzione all'ordinamento *A'* dello Stato *A*, il venir meno di quest'ordinamento e il sostituirsi ad esso dell'ordinamento *A"* porrebbe il diritto internazionale - dato e non concesso che esso si occupi della legittimazione dello Stato - di fronte ad un'alternativa: o continuare a rinviare ad *A'* oppure rinviare ad *A"*. Nella prima ipotesi esso legittimerebbe virtualmente un ordinamento statuale non effettivo, con il risultato che è facile immaginare. Nel secondo caso è evidente che esso si rifarebbe al fatto storico dell'instaurazione del nuovo ordinamento. In altri temini, il fatto che la norma di rinvio venga a far capo a un certo punto all'ordinamento *A"* anziché all'ordinamento *A'* è determinato dall'estinzione di quest'ultimo e cioè da un fatto. E poiché questo fatto non è che il materiale venir meno dell'organizzazione statuale comunque esso si sia prodotto, e può essere seguito a sua volta da un.rivolgimento analogo di fronte al quale l'ordinamento internazionale terrebbe nuovamente l'atteggiamento passivo che s'è visto sopra[521], è evidente che non c'è legittimazione internazionale dello Stato ma soltanto la nascita dello Stato come fatto storico-sociale. Perché alla pretesa norma internazionale di rinvio si potesse riconoscere una funzione normativa occorrerebbe che malgrado il fatto rivoluzionario essa continuasse a far capo per un periodo più o meno lungo all'ordinamento *A'*, cioè all'ordinamento in base al quale la prima legittimazione avrebbe avuto luogo. Allorché il rinvio si spostasse invece su *A"*, la norma in questione - è una norma senza dispositivo o con dispositivo non direttamente determinato - muterebbe evidentemente di contenuto. Ma una norma che muta di contenuto in modo da adattarsi sempre immediatamente e perfettamente alla situazione di fatto sulla quale dovrebbe influire e una *Sinnlosigkeit* come quella dei monisti. E non varrebbe ribattere che senza la norma di diritto internazionale in questione - diretta o indiretta che sia - non si spiegherebbe il fenomeno della «continuità» degli «Stati»-soggetti in caso di mutamenti costituzionali, perché si è visto e si vedrà meglio in seguito che tale ragionamento e viziato da una petizione di principio[522]. Questo per l'ipotesi di rivoluzione totale. Ma la stessa cosa vale evidentemente in caso di smembramento (secessione). In un dato momento storico il rinvio della «norma» internazionale di legittimazione cadrebbe sull'ordinamento *A*' dello Stato *A*. Quando poi in un certo ambito spaziale-personale dello Stato A si costituisse lo Stato separato *B* con l'ordinamento *B'* - si pensi p. es. alla costituzione degli Stati Uniti d'America rispetto all'ordinamento britannico sino a quando il secondo ha «resistito» al fatto compiuto, si presenterebbe all'ordinamento un'alternativa analoga a quella che s'è vista porsi nell'ipotesi precedente: o continuare a rinviare solo ad *A'* (l'ordinamento originario) oppure rinviare anche a *B'*. Esclusa la prima ipotesi, che certamente non si verifica (perché l'ordinamento

---

fondamentale» stabilirebbe che «avranno valore giuridico anche le norme che in seguito siano poste da un'autorità che riesca ad ottenere efficacia ed a sostituirsi alla prima». Come osserva lo ZICCARDI, *La costituzione* cit., p. 147, questa estensione priva la norma base di ogni significato concreto e la rende inadatta a valere come criterio per l'identificazione di un ordinamento.

[521] V. p. 182 ss.

[522] *Supra*, p. 200 ss., *infra*, Parte III, Cap. III.

internazionale non esita ad elevare a soggetto anche lo Stato *B*), assisteremmo ancora una volta allo spostamento del rinvio da un ordinamento all'altro sulla base del mero fatto storico del costituirsi dello Stato separato e indipendentemente dalla legalità di quest'evento dal punto di vista dell'ordinamento *A'*. Spostamento che potrà a sua volta esser seguito da una serie infinita di analoghi spostamenti su nuove formazioni statali nell'ambito di *B*. Non è vero quindi che l'ordinamento internazionale riconoscerebbe il nuovo ente come Stato sulla base di norme interne, né che sulla base di norme esso deciderebbe se si tratti dello stesso Stato o d'uno Stato diverso. Per arrivare alle norme esso dovrebbe prima individuare un ordinamento da cui richiamarle. E l'individuazione dell'ordinamento originario avverrebbe sulla base del fatto che esso si è storicamente costituito.

Sin qui la critica alla teoria in esame procede, in sostanza - a parte la peculiarità costituita dal rinvio agli ordinamenti interni -, sugli stessi motivi sui quali si fonda la critica alla tesi monista della norma diretta di legittimazione. C'e un'altra obbiezione però, alla quale la teoria stessa va soggetta per conto proprio, e che si desume dalla concezione dualista che lo stesso Autore citato professa in merito al rapporto fra diritto internazionale e interno.

In linea generale, la legittimazione dello «Stato» come «ente internazionale» è inconcepibile nell'ambito della dottrina dualista perché questa considera gli ordinamenti statuali come originari e l'ordinamento originario trova per definizione la sua legittimazione soltanto in se stesso. Parlare di legittimazione d'un ordinamento originario da parte d'un altro ordinamento è un controsenso. La dottrina in esame parla, è vero, di legittimazione o qualificazione indiretta dello Stato mediante rinvio al suo ordinamento, e poiché ogni ordinamento interno trova la sua legittimazione in se stesso, se ne potrebbe dedurre a prima vista che un fenomeno di legittimazione per questa via mediata si verifichi. Ma a ben guardare non vale nemmeno questo ragionamento perché il rinvio in parola potrebbe essere soltanto concepito come un rinvio formale (non recettizio), che lascerebbe le norme richiamate nella condizione di meri fatti storici. Secondo la dottrina dualista, come è noto, il rinvio di un ordinamento ad un altro può assumere due forme: rinvio recettizio, che consiste in sostanza nel regolamento di certi rapporti da parte dell'ordinamento richiamante nel modo com'essi son regolati dall'ordinamento richiamato; e rinvio condizionante, consistente nell'assumere un certo modo di essere di un altro ordinamento a condizione del funzionamento d'una norma dell'ordinamento richiamante. Che nel caso in esame si verifichi la prima ipotesi è escluso senz'altro dal rilievo che, se l'ordinamento internazionale facesse proprie le norme costituzionali fondamentali dello Stato, esso verrebbe con ciò a «costituire» l'ordinamento statuale richiamato come parte di se stesso, regolando così l'intera vita sociale interna dell'ente soggetto: col che cadrebbe la costruzione dualista e non sarebbe tanto il caso di parlare di «rinvio» quanto di «delegazione» - e delegazione *diretta* - dell'ordinamento interno da parte dell'ordinamento internazionale[523]. Se d'altra parte si trattasse di rinvio

[523] Il rinvio dell'ordinamento italiano a quello francese per il regolamento di un certo rapporto implica che quel rapporto viene regolato da]l'ordinamento italiano, sia che si consideri la norma di rinvio come norma sulla produzione giuridica, sia che la si consideri invece come una norma di diritto materiale a contenuto indeterminato (Balladore Pallieri). Il che significa nello stesso tempo che una parte del contenuto dell'ordinamento francese viene assunta a

condizionante - e non sussiste altra possibilità - sarebbe la natura stessa di questo rinvio ad escludere che le norme di diritto interno costituiscano la base giuridica d'una legittimazione (indiretta) da parte dell'ordinamento internazionale. Dire che si ha un fenomeno di rinvio formale o «condizionante», equivale a dire che le norme richiamate restano dei meri fatti per l'ordinamento richiamante[524], ossia che i dispositivi di queste norme - in altre parole, l'atteggiamento dell'ordinamento richiamato riguardo ad un certo fenomeno - vengono a costituire un elemento dell'ipotesi valutata dalla norma richiamante. Poiché dunque, stando alla teoria in esame, il dispositivo della norma richiamante di diritto internazionale sarebbe - soggettività a parte[525] - l'esistenza o continuità di uno «Stato», e la fattispecie alla realizzazione della quale l'effetto stesso sarebbe condizionato sarebbe costituita dal fatto che un ordinamento giuridico statuale esista o continui, la norma richiamante avrebbe contenuto tautologico: proprio come la pretesa norma diretta di legittimazione di cui parlano i monisti. Si avrebbe una norma, cioè, che dispone l'esistenza di un fatto[526] [527].

---

contenuto dell'ordinamento italiano. Ciononostante, però, l'ordinamento italiano e quello francese restano separati e distinti. Nel caso in esame, invece, dato che si tratterebbe delle supreme norme costituzionali dello Stato - delle norme, cioè, sulle quali poggia resistenza e la continuità dell'intero sistema giuridico statuale (diritto privato e pubblico), un rinvio del genere implicherebbe la recezione nell'ordinamento internazionale dell'intero ordinamento statuale. Che è per l'appunto la tesi monista della delegazione già criticata.

[524] V. i riferimenti bibliografici riportati più sotto, alla nota 179. Accede da ultimo a questa concezione lo SCHWARZENBERGER, *Internat. Law* cit, I, p. 24-25 con riferimenti alla prassi della Corte Permanente di Giustizia Internazionale.

[525] … per la quale non è necessario evidentemente che l'ordinamento qualifichi l'ente prima di attribuirgli situazioni giuridiche abilitanti o concrete.

[526] Da condividere sarebbe invece il rilievo che a un certo punto si trova nella teoria in esame, e secondo il quale la formazione-estinzione dello Stato (a differenza, a quanto pare, della continuità) costituisce un fatto per l'ordinamento internazionale, in quanto un fatto essa costituisce dal punto di vista dell'ordinamento interno. Questo però, a nostro avviso, non in quanto e non nel senso che si tratti di un fatto anche per il diritto interno al quale l'ordinamento internazionale rinvierebbe, giacché si è detto non essere esatto stabilire un parallelismo tra la nascita di fatto dello Stato dal punto di vista interno e la nascita dell'ente soggetto di diritto internazionale (v. il num. prec.). Che i due fenomeni siano legati è ovvio, giacché il costituirsi d'un gruppo organizzato in modo autonomo e suscettibile di essere assunto a soggetto dall'ordinamento internazionale coincide con il costituirsi d'uno Stato e del suo ordinamento. Legame sul quale appunto si fonda l'esatto e comune insegnamento che l'esistenza storica d'un ordinamento giuridico denota l'esistenza d'un gruppo organizzato in modo sufficiente per l'assunzione del gruppo stesso a destinatario di diritti e doveri internazionali, e che la continuità dell'ordinamento giuridico interno è un indizio della continuità storica dell'ente soggetto di diritto internazionale. Senonché, resta sempre la differenza che il primo fenomeno coincide, come si è detto, con la nascita delle qualificazioni giuridiche nel contenuto delle quali si trova determinata e identificata la persona o l'organizzazione giuridica dello Stato nel suo «dover essere» (*supra*, p. 114), mentre il secondo e il fatto storico-sociale totale, comprendente l'organizzazione effettiva di uomini e mezzi e l'ordinamento stesso nella sua esistenza storica e nell'azione «formativa» e «cementatrice» che esso svolge sul gruppo (*supra*, ibid.). Ma in questo l'Autore citato non potrebbe non convenire perché da un lato egli è in Italia uno degli assertori più autorevoli della concezione giuridica della persona giuridica dello Stato, e dall'altro è sicuramente un dualista: e pei dualisti l'ordinamento interno esiste per l'ordinamento internazionale solo nel senso che esso e compreso come fatto storico entro quell'organizzazione effettiva del gruppo che è per noi, salvo le precisazioni che verranno, l'ente soggetto di diritto internazionale.

[527] Sulla qualifica di «fatto» che un ordinamento giuridico conserva dal punto di vista d'un ordinamento dato e in quanto formi oggetto (parte della fattispecie) delle valutazioni del secondo v. spec. PERASSI, *Lezioni di dir. internaz.* (1922-1950), II, *Introduzione al dir. internaz. priv.*, 1950, p. 3 s., 45 ss.; AGO, *Teoria del dir. internaz. prev.*, 1934, p. 62 ss; BALLADORE PALLIERI, *Le dottrine di Hans Kelsen*, cit., p. 45-63; *Dir. internaz. pubbl.*, cit., p. 47; *Dir. internaz.*

Tutto sommato la teoria discussa non differisce che in apparenza da quella monista della norma diretta di legittimazione. In quest'ultima costruzione, l'assenza di ogni contenuto normativo dalla pretesa «regola dell'effettività» dello Stato o del suo ordinamento si rivela in maniera evidente di fronte al fenomeno delle formazioni statali rivoluzionarie non legittimate dalla madrepatria perché in questo appare chiara, per l'appunto, l'indifferenza dell'ordinamento internazionale riguardo alla formazione degli Stati. «Legittimando» direttamente l'ordinamento dato in base alla effettività, la pretesa norma dei monisti dovrebbe a impegnare a, per così dire, l'ordinamento internazionale a considerare legittimo solo quell'ordinamento in un dato ambito spaziale-personale. E il fatto che all'atto pratico l'«impegno» si riveli insussistente dimostra che la norma è solo apparentemente tale. Una volta sostituita invece alla norma diretta una norma di rinvio, questo a impegno a non sussisterebbe apparentemente più in quanto l'ordinamento internazionale non legittimerebbe, attraverso la norma di rinvio, l'ordinamento statuale dato puramente e semplicemente, bensì l'ordinamento dato e tutti gli ordinamenti che potranno ad esso sostituirsi nello stesso ambito ed ai quali il rinvio avrebbe luogo man mano che vengono in essere. Ma basta che venga meno il presupposto che tutti questi ordinamenti siano in rapporto di continuità giuridica fra loro, perché la costruzione appaia sostanzialmente analoga alla teoria monista secondo la quale la regola dell'effettività legittimerebbe tutti gli ordinamenti effettivi. La «legittimazione» si estenderebbe difatti in pratica, secondo il Balladore Pallieri, a tutti gli ordinamenti che storicamente si affermano e sulla base del fatto che in quanto esistono trovano in se stessi la legittimazione alla quale l'ordinamento internazionale rinvierebbe.

16. - *d*) Un'altra tesi che non possiamo condividere in merito alla costruzione della nascita ed estinzione degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale nell'ambito della dottrina dualistica, è quella implicita nel significato che lo Sperduti recentemente attribuisce all'elemento «effettività» nella determinazione del rapporto fra diritto internazionale e diritto interno: rapporto la cui incidenza sulla questione della natura giuridica o di fatto dello «Stato» dal punto di vista del diritto internazionale è evidente. Dati i presupposti dai quali lo Sperduti muove e certe generalizzazioni alle quali egli procede sul principio dell'effettività, quel significato è profondamente diverso da quello che noi attribuiamo allo stesso dato ed assume tutto l'aspetto di una concessione a nostro avviso ingiustificata sia alla teoria monista dello «Stato nel senso del diritto internazionale», che lo Sperduti finisce per respingere soltanto a metà, sia ad altri atteggiamenti monistici. Ed è per questo che dobbiamo occuparci sin d'ora delle idee avanzate da questo Autore nonostante che i loro riflessi sul tema dei presente lavoro potranno essere discussi *ex professo* insieme con gli atteggiamenti analoghi della dottrina solo più avanti, quando saremo in possesso dei dati che a nostro avviso sono essenziali per la determinazione degli enti soggetti primari dell'ordinamento internazionale.

Fermandosi brevemente sul rapporto fra diritto internazionale e diritto interno in sede preliminare alla determinazione dello *status* dell'individuo nel diritto internazionale, l'Autore citato inquadra il problema stesso in quello generale del modo di essere degli

---

priv., Milano 1950, p. 23 ss.; MORELLI, *Lezioni di dir. internaz. priv.*, Padova, 1941, p. 1 s.; ZICCARDI, *La costituzione* cit., p. 132; MONACO, *Manuale* cit., p. 478 ss.

ordinamenti originari e derivati e dei possibili loro rapporti con una società umana. Analizzando questo modo di essere egli rileva che mentre l'accertamento dell'esistenza di un ordinamento originario costituisce una indagine di carattere extradommatico (storico), l'esistenza di un ordinamento derivato costituisce un problema giuridico (dommatico) da risolvere accertando se un dato ordinamento, oltre a disciplinare la vita di relazione nell'ambito sociale per il quale direttamente vige, istituisca e disciplini una o più fonti «per il regolamento delle relazioni proprie di un altro ambiente sociale comunque specificatesi»[528]: possibilità che sussisterebbe sempre, «in quanto un ordinamento ha piena possibilità di riconnettere in via indiretta á se medesimo, per tramite di un ordinamento da esso delegato, una società diversa da quella in cui è la propria origine»[529]. Al che lo Sperduti aggiunge subito che nulla osta a che una data società sia retta nello stesso tempo da un ordinamento originario e un ordinamento derivato che siano entrambi perfettamente validi ma siano materialmente in contrasto fra loro dal punto di vista del contenuto[530]. E ciò perché a la validità di un ordinamento derivato non è esclusa dalla circostanza in sé che nella sfera relativamente alla quale esso esplica la propria funzione valutativa, si affermi un ordinamento originario, quale ordinamento che a se stesso dà, ad esso assicurando efficacia pratica e validità giuridica in base al principio teoretico dell'effettività, il gruppo sociale che in detta sfera è costituito»[531]. Lo Sperduti si rifà a questo proposito all'esempio di una colonia che, ribellatasi alla madrepatria, si autoproclami Stato indipendente. La ribellione in sé non toglie validità alle norme riconducibili al sistema giuridico della madrepatria, e d'altra parte la validità di queste norme per l'ordinamento della madrepatria non esclude la validità del nuovo ordinamento. Il principio della relatività dei valori giuridici porta semplicemente a rilevare che certe attività svolgentisi nella colonia-Stato sovrano o anche al di fuori sono lecite o doverose per l'ordinamento locale (originario) e illecite secondo le norme riconducibili al sistema giuridico della madrepatria (ordinamento derivato). Dualismo questo che può risolversi in due modi: o con la ripresa di efficacia pratica delle norme risalenti al sistema della madrepatria - ripresa che mentre non fa che continuare la validità ininterrotta delle stesse norme farà cessare la validità, in quanto lo priva di efficacia, dell'ordinamento locale (interruzione del processo primario di auto-organizzazione); oppure con l'invalidazione pratica delle norme derivanti dal sistema della madrepatria, in quanto tale ordinamento si acconci al fatto compiuto lasciando sussistere il nuovo stato di cose. È sulla base di queste premesse che lo Sperduti volge la sua attenzione al problema del rapporto fra diritto internazionale e diritto interno, ch'egli esplicitamente considera parallelo a quello del rapporto fra ordinamenti interindividuali[532].

---

[528] *L'individuo nel dir. internaz.* cit., num. 7, Cap. I.

[529] *Op.* l. cit.

[530] *Ibid.*

[531] *Op.* l. cit.

[532] *Op.* cit., num. 8 ss., Cap. I.

Osserva ora lo Sperduti che gli argomenti avanzati da monisti e dualisti a sostegno delle rispettive tesi si risolvono in petizioni di principio, perché risentono della non netta consapevolezza della distinzione dei due punti di vista - dommatico ed extradommatico - dai quali la questione dev'essere affrontata. Non è esatto l'argomento dualista che se il diritto interno fosse subordinato al diritto internazionale il primo non potrebbe contenere norme contrarie al secondo, perché l'esistenza di norme di diritto interne contrarie al diritto internazionale potrebbe anche essere internazionalmente consentita. Non è esatto il ragionamento dei monisti, perché il fatto che questa possibilità sussiste non significa che la validità delle norme interne contrarie al diritto internazionale sia effettivamente consentita da quest'ultimo. La soluzione del problema andrebbe cercata invece conformemente alla natura giuridica (dommatica) del problema stesso, nel contenuto delle norme dell'ordinamento internazionale. Ma poiché d'altra parte il contenuto di queste norme non gli sembra tale da dirimere la questione, la disputa fra monisti e dualisti dovrebbe essere risolta secondo lo Sperduti «tenendo conto del realismo che guida, con il principio dell'effettività, il diritto internazionale». E qui viene il punto che c'interessa.

«La nozione - scrive l'Autore citato - che il diritto internazionale, come ordinamento originario della società degli Stati, ha fra i suoi principi informatori il principio dell'effettività, messa in relazione con la nozione che gli Stati si considerano e riescono in fatto e con grande efficienza a comportarsi come gestori di propri ordinamenti originari, consente di superare il punto morto della dimostrazione che della rispettiva posizione del diritto internazionale e del diritto interno si cerchi di dare interpretando le norme internazionali immediatamente in base al contenuto che ad esse imprimono le fonti da cui discendono. Bisogna francamente riconoscere che così prese, le norme internazionali che si indirizzano agli Stati come gestori di ordinamenti interni si prestano, almeno di regola, ad essere interpretate...» in entrambi i sensi. «Orbene, il realismo che guida, con il principio dell'effettività, il diritto internazionale rende senz'altro ed esclusivamente pertinente la seconda interpretazione» (dualista). «Ne segue che la tradizionale tesi dualistica è fondamentalmente nel vero. Se essa va rettificata, ciò riguarda più che altro il procedimento scientifico) con cui ha cercato di svolgere, credendo di dimostrarla, la propria complessiva intuizione». «In ultima analisi - lo Sperduti aggiunge - non è molto sensato ipotizzare che l'ordinamento internazionale, espressione della società degli Stati, consideri gli Stati con minor realismo di quello che gli Stati dimostrano nel considerarsi reciprocamente, realismo che si rivela in maniera accentuata nella decisione che prima o poi essi prendono di non più ritenere a sé giuridicamente subordinati gruppi sociali, metropolitani o coloniali, che, già compresi nella sfera del loro sistema giuridico, si siano in tatto emancipati dalla loro dominazione».

A nessuno può sfuggire che attraverso questo ragionamento[533] lo Sperduti finisce per attribuire in sostanza al sistema giuridico internazionale un atteggiamento non

[533] Ragionamento del quale condividiamo e il rilievo della difettosa dimostrazione della tesi dualista e l'affermazione che l'atteggiamento dell'ordinamento internazionale nei confronti degli Stati e delle comunità interne va determinato sulla base del contenuto dell'ordinamento stesso.

proprio esattamente passivo nei confronti della nascita-estinzione dello «Stato»-soggetto e del suo ordinamento. Egli respinge, è vero, l'idea monista della derivazione dell'ordinamento interno da quello internazionale e qualificherà più avanti la pretesa norma di delegazione, come altri han fatto prima di lui, come un espediente formale privo di significato. Che è la *Sinnlosigkeit* di cui parla l'Horneffer. E su questo punto il nostro modo di vedere coincide con quello dello Sperduti. Senonché, mentre per noi questo dato ha un significato meramente negativo, lo Sperduti attribuisce l'inesistenza della norma al «realismo»ed all'«effettività» ai quali l'ordinamento internazionale «s'ispira», evidentemente implicando che l'ordinamento internazionale abbia la tendenza ad occuparsi della legittimazione degli Stati e dei loro ordinamenti e della vita sociale interna delle comunità interindividuali, ma si astenga per il momento dal farlo in omaggio ad esigenze di realismo ed effettività. Dire, come fa lo Sperduti, che l'ordinamento internazionale non è arrivato alla determinazione di riconnettere a se gli ordinamenti statuali perché è realistico e si ispira all'effettività, significa dire infatti, se bene intendiamo, che l'ordinamento in questione è naturalmente qualificato e disposto a prendere prima o poi questa determinazione. Significa ritenere, almeno, che l'ordinamento internazionale porti comunque un interesse e tenga quindi un atteggiamento attivo nei confronti delle comunità statuali e della loro organizzazione e vita interna: interesse che non si tradurrebbe nell'esercizio di una funzione di legittimazione e di un'azione normativa diretta entro le comunità statuali solo perché le circostanze non consigliano ancora di farlo. Ciò risulta in modo particolarmente evidente sia da quel certo che di normativo ch'è implicito nel concetto di effettività come «principio ispiratore», sia dal fatto che lo Sperduti, pur non affrontando ancora sino al passo in discussione il problema della soggettività internazionale degl'individui - questione, anzi, rispetto alla quale egli intende utilizzare il risultato raggiunto in tema di rapporti fra gli ordinamenti -, considera sensato ritenere (e ad un certo punto, anzi, sembra sicuro) che l'ordinamento internazionale aspiri a divenire l'ordinamento del genere umano. ed è ancora più evidente nel parallelo che lo Sperduti senz'altro stabilisce tra il rapporto fra il diritto internazionale e il diritto interno da una parte e il rapporto fra l'ordinamento della madrepatria e l'ordinamento della colonia ribelle dall'altra.

Tanto l'«aspirazione» dell'ordinamento internazionale a divenire ordinamento del genere umano quanto il parallelo richiamato dallo Sperduti saranno discussi più avanti, perché essi presuppongono entrambi, a nostro avviso, la soluzione del problema della nozione degli enti soggetti[534]. Rileviamo subito invece - e riteniamo di poterlo fare indipendentemente dalla discussione approfondita di quei due punti, perché lo Sperduti stesso non li dimostra di certo in via preliminare alla determinazione del rapporto fra ordinamento internazionale e ordinamenti statuali - rileviamo subito che il ragionamento dello Sperduti poggia su di una petizione di principio evidente e molto simile a nostro parere a quella che lo Sperduti stesso ben rileva nell'asserzione monista della derivazione formate del diritto interno dal diritto internazionale. E ciò perché lo Sperduti presuppone continuamente, nello .svolgere la sua tesi, tanto l'«aspirazione» che il parallelismo.

È evidente infatti che la circostanza che un ordinamento s'«ispiri all'effettività» non

[534] V le conclusioni di questa Parte (Cap. III) ed i ll. indicati alla nota 191 *bis*, p. 249.

significa necessariamente - dato e non concesso che sia il caso di parlare dell'effettività come d'un principio ispiratore dell'ordinamento internazionale - che ovunque l'ordinamento non disponga esso s'ispiri al principio in questione. Né significa che là dove sarebbe irrealistico che l'ordinamento disponesse, esso non dispone in quanto è un ordinamento realistico. Le ragioni per cui un ordinamento non reca disposizioni in una certa materia non sono necessariamente collegate con un atteggiamento realistico dell'ordinamento verso quella materia. Esse possono derivare da molti altri fattori e soprattutto dalla circostanza che la materia sia eventualmente del tutto estranea all'ambito di interessi e di efficacia dell'ordinamento in questione. E questo solo, a nostro avviso, può significare *fino a prova contraria*[535] il dato dell'inesistenza della norma formulata dai monisti. Per l'Autore citato, invece, questo dato negativo finisce per assumere, inquadrato com'è entro il concetto di effettività come principio *giuridico* ispiratore, un senso profondamente diverso da quello in cui noi l'intendiamo e molto prossimo - almeno per le possibilità di evoluzione che implicitamente ed esplicitamente vengono così ritenute attualmente esistenti nell'ordinamento internazionale - proprio al significato che in sostanza i monisti attribuiscono all'affermazione contraria dell'esistenza della norma intesa come regola dell'effettività dello Stato o del potere in esso costituito[536] [537]. Ma se a questa diversa conclusione l'Autore citato perviene, ciò è perché egli parte

[535] La prova potrebbe essere costituita, p. es., dal fatto che l'ordinamento internazionale sia l'ordinamento dell'umanità: cioè, tra l'altro, dal fatto che l'ordinamento internazionale utilizzi gli Stati in funzione di istituzioni interindividuali, cioè come persone giuridiche; ovvero dal fatto che gl'individui sian soggetti.

[536] È vero che affermando l'esistenza della norma i monisti mostrano di ritenere attuata l'unità formale degli ordinamenti statuali nell'ordinamento della *civitas maxima*, mentre l'A. citato, negando l'esistenza della norma, contesta recisamente come noi l'unità formale del mondo giuridico. Se però si considera da un lato il passo indietro che i monisti si affrettano a fare quando fanno poggiare la legittimazione degli ordinamenti statuali sull'«effettività normativa» e il passo avanti che fa lo Sperduti quando desume l'inesistenza della legittimazione internazionale dello Stato dal «principio ispiratore dell'effettività» inteso come parte del sistema giuridico internazionale, la differenza appare molto attenuata. Resta il fatto sostanziale che tanto per i monisti quanto per lo Sperduti l'ordinamento internazionale sarebbe l'ordinamento imperfetto dell'umanità, destinato ad assumere per via di «evoluzione» la funzione di ordinamento supercostituzionale del mondo: salva la differenza di... grado d'imperfezione. Modo di vedere questo sull'esattezza del quale siamo molto scettici, nonostante che anche noi «aspiriamo» quanto i monisti e lo Sperduti a vivere in un mondo organizzato un po' meglio. Siamo scettici, anzi, proprio perché non riteniamo che i dati desumibili dalla realtà giuridica internazionale che stiamo esaminando siano tali da giustificare l'opinione che una vera costituzione mondiale (*infra*, Cap. seg.) possa trovare mai la sua base in un accordo fra Stati sovrani. E quel che vale per la costituzione mondiale vale, come vedremo, per i diritti umani sanciti dal progetto di Convenzione redatto in seno all'Assemblea delle Nazioni Unite (*infra*, sez. e Cap. seg.), e che lo Sperduti menziona.

[537] Ci rendiamo pienamente conto del fatto che lo Sperduti è portato a ricorrere al principio dell'effettività (a parte l'aspetto positivo della sua costruzione) dall'intento di superare quello che giustamente egli chiama il «punto morto» della disputa fra monisti e dualisti. Punto morto che .sarebbe determinato, sia dall'impossibilità di desumere *direttamente* dalle norme poste dalle fonti dell'ordinamento internazionale se abbiano più ragione gli uni o gli altri, sia (dal punto di vista della scuola italiana) dalla insufficienza del dato dell'esistenza di norme di diritto interno contrarie al diritto internazionale a dimostrare la separazione fra gli ordinamenti. A nostro avviso, tuttavia, il «punto morto» si supera con argomenti ben più decisivi che non il vago «realismo» dell'ordinamento internazionale, e soprattutto - a parte gli elementi che verremo rilevando e che raccoglieremo nel capitolo conclusivo di questa parte - con i rilievi critici ai quali si è visto andar soggetta la teoria monista della norma di delegazione. È questo un dato - un dato negativo ma sempre un dato - che si desume proprio dall'osservazione *diretta* della realtà giuridica internazionale (*supra*, p. 175 ss.). Soltanto che bisogna intenderlo per quel che vale (cioè come un dato *negativo*), evitando di alterarne il significato sulla base degli stessi motivi «umanitari» ai quali poco scientificamente s'ispirano, come s'è visto, le dottrine che si rifiutano di ammetterne l'esistenza.

dall'idea che l'ordinamento internazionale sia il candidato ordinamento dell'umanità e considera senz'altro appropriato il parallelo con il rapporto fra colonia ribelle e madrepatria, ritenendo evidentemente che l'ordinamento internazionale si acconci o si sia acconciato ad un certo punto a lasciare la nascita e l'estinzione degli Stati e la sorte delle comunità interindividuali in balia esclusiva della legge di causalità storica, allo stesso modo come l'ordinamento della madrepatria rinuncia ad un certo punto all'idea di regolare la convivenza giuridica della società coloniale accettandone l'indipendenza.

Senonché, l'idea che l'ordinamento internazionale nutrirebbe quell'aspirazione è proprio il punto che i monisti non dimostrano su basi positive e che lo Sperduti si guarda bene dal dimostrare (almeno fino al passo in esame). E quanto al parallelo con il rapporto fra madrepatria e colonia, in mancanza de}la dimostrazione di quell'aspirazione, esso appare a dir poco avventato. Lo Sperduti evidentemente non tiene presente che l'ordinamento dell'ex-colonia faceva parte prima della ribellione dell'ordinamento della madrepatria, che costituiva l'ordinamento totale di una società interindividuale, mentre nessuno ha ancora provato che l'ordinamento internazionale attualmente esistente sia il residuo di un ordinamento positivo unitario dell'umanità, e lo Sperduti non ha ancora dimostrato (prima di dare l'interpretazione criticata dell'atteggiamento dell'ordinamento internazionale di fronte allo Stato) che esso lo sia o abbia una tendenza più o meno spiccata a divenirlo[538]. Ma questi due punti è meglio lasciarli per il momento da parte.

Quello che ora importa rilevare è che in tema di nascita-estinzione degli enti soggetti si può parlare di effettività in due sensi, che corrispondono a nostro avviso alla contrapposizione fra dualisti e monisti. Quando sopra abbiamo raccolto i dati del fenomeno, abbiamo parlato di effettività dell'organizzazione come requisito dell'esistenza del centro d'imputazione, rilevando che nel caso degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale (a differenza delle persone giuridiche) l'organizzazione reale è elemento necessario e sufficiente per l'esistenza dell'ente. Necessario, perché il centro d'imputazione non viene mai in essere come mero effetto di norme o atti giuridici ma deve esistere come ente reale dato. Sufficiente, perché non esistono criteri di legittimità degli «Stati» dal punto di vista del diritto internazionale. Abbiamo visto che i monisti parlano invece di un principio o di una regola dell'effettività in base alla quale l'ordinamento internazionale procederebbe alla «legittimazione» dello Stato o del suo ordinamento. Nel primo senso effettività significa ente reale, puramente e semplicemente, cioè organizzazione *esistente* e non virtuale, e si tratta d'un requisito al quale il centro reale d'imputazione deve rispondere per essere assunto a destinatario d'imperativi. Nel secondo senso si tratta invece di una regola o principio in base al quale una situazione di fatto viene legittimata in quanto effettiva: in base al quale, cioè, al fatto dell'instaurarsi di un'organizzazione sociale segue la posizione di una o più norme disponenti che quell'organizzazione «sia» o «sia in quel certo modo». Due concetti evidentemente molto diversi e corrispondenti rispettivamente all'interpretazione realistica data al fenomeno dai dualisti ed all'interpretazione irrealistica fattane dai monisti quando giustappongono all'organizzazione statale effettiva una o più norme tautologiche di

[538] E tutto porta a ritenere, come vedremo nel capitolo seguente, che questa tendenza non sussista. Almeno a nostro avviso.

pretesa legittimazione. In genere, la dottrina di parte dualistica usa più o meno consciamente il concetto di effettività - salve le contraddizioni che abbiamo viste e che vedremo - piuttosto nel primo senso, anche se non mancano autori dualisti che parlano anche loro, come si è visto, di una legittimazione dello Stato da parte del diritto internazionale.

Tornando allo Sperduti, egli utilizza invece un concetto di effettività che, pur non essendo da lui inteso nello stesso senso normativo diretto in cui a quanto pare lo intende il Kelsen, conserva sempre, in quanto «principio ispiratore» dell'ordinamento, il carattere giuridico di un principio generale al quale l'ordinamento s'informa. Con la conseguenza che, pur negando l'esistenza di una vera e propria norma internazionale di legittimazione, egli finisce per porsi su di un piano non molto distante da quello dei monisti dal punto di vista dell'atteggiamento tendenzialmente «attivo» che l'ordinamento internazionale secondo lui terrebbe nei confronti degli Stati in quanto portatori di ordinamenti giuridici e delle loro comunità interne[539]. E vedremo presto quanti importanti riflessi questo atteggiamento aprioristico assume agli effetti dell'esame degli altri due termini di confronto che ci siamo proposti[540].

---

[539] Lo SPERDUTI, a nostro avviso, non rafforza affatto con il suo ragionamento la «complessiva intuizione» che la dottrina dualista, secondo il suo esatto giudizio, non ha pienamente dimostrata, perché egli lascia in piedi in sostanza l'idea monista che l'ordinamento internazionale sia l'ordinamento imperfetto dell'umanità. Dire che un ordinamento «aspira» ad essere o divenire qualche cosa è infatti un po' come dire che virtualmente lo è già: mentre la «complessiva intuizione» del Triepel e dell'Anzilotti è a nostro avviso un'altra (p. 385 ss.).

[540] Anche su questa dottrina, come vedremo, influisce in un certo senso la concezione organicistica degli enti morali (*infra*, p. 263, 282, 306).

Sui riflessi della teoria intermedia discussa (come di quella monista) sulla determinazione della portata dell'accordo internazionale - riflessi generalmente non percepiti - v. *infra*, note 231 e 232, p. 267 s.

SEZIONE III - GL'INDIVIDUI MEMBRI DEGLI ENTI-SOGGETTI

SOMMARIO: § *I. Gl'individui membri delle p. g. e degli enti in esame dal punto di vista dell'ordinamento superiore:* 17. Gl'individui nelle persone giuridiche private e pubbliche e negli enti soggetti dell'ordinamento internazionale. Necessità del riesame delle dottrine affermative della soggettività internazionale degl'individui. - § II. *Soggettività mediata, soggettività da accordo e soggettività da diritto internazionale non scritto. Aspetti tecnici delle tre figure e nesso che le collega:* 18. Critica della teoria della soggettività mediata. - 19. Ragioni della debolezza della teoria negativa. - 20. La pretesa soggettività individuale da accordo: insufficienza degli argomenti in senso contrario della dottrina negativa .- 21. Necessità di rivedere la concezione pubblicistica dell'accordo. - 22. La portata strettamente privatistica-interstatuale dell'accordo come conseguenza del difetto di legittimazione internazionale degli Stati. - 23. Conseguenze che ne derivano in tema di soggettività individuale da accordo o da «ordinamenti speciali» costituiti in base ad accordo. - 24. La soggettività da diritto non scritto (*delicta juris gentium*). - 25. Soggettività internazionale d'individui-potentati e soggettività degl'individui-sudditi. Ragioni d'ordine tecnico che escludono la soggettività internazionale nel secondo caso. - 26. Impossibilità di considerare le figure in questione come elementi dimostrativi della tendenza del diritto internazionale «verso l'umanità» e presupposti dell'esistenza della soggettività indiretta e da accordo. - § III. *Il significato dei dati tecnici accertati e la prassi:* 27. La conclusione negativa sul piano tecnico e le dottrine evoluzionistiche dominanti. Le c.d. «sfumature» di soggettività ed i pretesi «interessi legittimi» internazionali d'individui. -28. Destinatarietà individuale delle norme costituzionali di diritto interno. -29. Le figure più importanti di norme internazionali riguardanti individui e i termini del problema nelle tre o due ipotesi alle quali si riducono. - 30. α) Situazioni internazionali-statuali; β) situazioni internazionali risolventisi nell'ambito di ordinamenti non statuali («organi di funzioni») e γ) loro possibili combinazioni: impossibilità di riscontrare nelle prime delle sfumature di soggettività internazionale e di ricondurre le seconde entro la figura dell'interesse legittimo. - 31. Prassi dei tribunali interni e degli organi arbitrali internazionali.

§ *I. - Gl'individui membri delle p.g. e degli enti in esame dal punto di vista dell'ordinamento superiore.*

17. - È caratteristica di ogni ente giuridico «collettivo» che i membri dell'ente medesimo sono soggetti nell'ambito dell'ordinamento per proprio conto. In primo luogo, la soggettività non costituisce, nelle persone giuridiche, un fenomeno che colga gli enti soltanto dall'esterno, nei confronti degl'individui estranei e delle altre persone giuridiche. Essa si riscontra sia nella fase costitutiva sia nei rapporti *interni* dei membri fra loro e con l'ente. In secondo luogo, i membri degli enti morali non vivono giuridicamente solo nei confronti gli uni degli altri e nei confronti dell'ente, ma anche rispetto agli stessi enti nei confronti dei quali le p. g. di cui sono membri si presentano come soggetti. Se questo carattere delle p. g. non è rilevato di solito dalla dottrina del diritto interno privato e pubblico, è innanzi tutto perché gli studiosi di queste materie non avvertono la necessità di sottolineare un fenomeno ovvio che nessun istituto del diritto interno contraddice[541], e in secondo luogo perché le teorie organiche dominanti tendono come s'è visto a confondere la personalità dei membri e degli agenti entro quella dell'ente, determinando equivoci sulla posizione *giuridica* che l'individuo occupa in seno all'ente morale[542]. Il fenomeno viene tuttavia in maggior rilievo non appena dalle persone giuridiche nelle quali la penetrazione del diritto fino agli individui «componenti» è più evidente - come le p. g. private e le pubbliche di grado inferiore - si passa alle comunità giuridiche parziali massime, come gli Stati membri dello Stato federale[543]. L'esistenza empiricamente

[541] Non ne costituisce una smentita il fatto che nel diritto romano esistessero corporazioni aventi come membri degli schiavi (vedi, p. es., la *Lex collegii funeraticii Lanuvini,* in ARANGIO-RUIZ, V., *Negotia,* 35, col. II, n. 7 s., p. 103). A parte il fatto che si dubita del difetto di soggettività dei «servi», è evidente che se l'ordinamento consentiva loro di unirsi in associazioni, essi dovevano essere considerati come soggetti almeno nei limiti dei rapporti attinenti alla loro partecipazione all'associazione ed al suo funzionamento.

[542] *Supra*, p. 56 ss., 90 ss.

[543] Una delle caratteristiche essenziali dello Stato federale rispetto alla confederazione viene rinvenuta

rilevabile della caratteristica in parola si spiega sia con quanto si è detto a proposito della natura giuridica o almeno in buona parte giuridica dell'essenza degli enti morali, sia col rilievo che tutte le manifestazioni di attività giuridicamente rilevanti dell'ente nei riguardi del mondo esterno sono sempre più o meno strettamente legate a rapporti e procedimenti giuridici interni all'ente medesimo[544].

Quanto agl'individui membri degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale, l'esame della realtà porta a ritenere che la loro posizione è diametralmente opposta a quella degl'individui membri delle persone giuridiche e dello Stato nel diritto interno[545]. Constatazione che rappresenta un dato negativo ulteriore - dopo quello della natura di fatto del procedimento formativo-estintivo degli enti soggetti - ai fini del confronto che ci siamo proposti. Anche per questo dato, tuttavia, non possiamo esimerci da un'indagine più approfondita perché da una parte la dottrina è oggi sempre più propensa ad ammettere la soggettività internazionale degl'individui, e da un'altra parte la stessa dottrina negativa non si può considerare del tutto soddisfacente dal nostro punto di vista, sia perché non oppone alla tesi contraria tutti gli argomenti di cui a nostro avviso dispone, sia perché non sembra avvertire la portata esatta del problema almeno in certi suoi aspetti[546]. Deficienze che derivano in gran parte - al pari di quelle già notate in certe interpretazioni della natura del procedimento costitutivo-estintivo degli enti soggetti - proprio dalla imperfetta nozione generale degli enti morali e dei fenomeni giuridici connessi[547].

---

concordemente da pubblicisti e da giuristi proprio nel fatto che i sudditi degli Stati membri sono in rapporto immediato con l'ordinamento federale. V. HAMILTON, *The Federalist* cit. p. 124, 135, 136, 137-38, 168 ss., 175, 283, 284 s., 286 ss. e *passmn*; PERASSI, *Confederazione di Stati e Stato federale* cit., p. 60 s.; ROMANO, *Corso di dir. costituz.*, 1943, p. 101; LAUTERPACHT, *International Law and Human Rights*, Londra, 1950, p. 456 ss., spec. 459.

Ciò non è che una conseguenza ed una riprova ulteriore del fatto che la Costituzione federale è l'organizzazione giuridica della società interindividuale dei popoli degli Stati membri e non il prodotto dell'accordo fra questi.

[544] Una conferma ulteriore del carattere diciamo così «necessario» della soggettività degl'individui membri degli enti morali, si trova nella posizione che questi occupano nell'economia generale dell'ordinamento e precisamente nel rilevato carattere *secondario* del fenomeno della soggettività delle persone giuridiche rispetto al carattere *primario* della soggettività delle persone fisiche: che è l'estraneità delle persone giuridiche alla base sociale dell'ordinamento (*supra*, p. 97 s.).

[545] La dottrina a nostro avviso più conforme alla realtà giuridica internazionale ed alla logica del sistema è quella degli autori che non menzionano neppure il problema degl'individui nei capitoli sui soggetti (HOLLAND, *Lectures on Internat. Law*, ed. Walker, 1933; PERASSI, *Lezioni* cit., I, p. 43 ss. e 184 ss.).

Negano recisamente qualsiasi fenomeno del genere, JELLINEK, *Systern* cit. (vers. ital.), p 358-63; HELBORN, *Das System* cit., p. 58 ss. (con l'eccez. che vedremo); TRIEPEL, *Dir. internaz. e internaz.* cit. (vers. ital.), p. 22 s., 119 ss., 259, 324 ss.; ANZILOTTI, *Corso* cit., I, 1928 p. 121 ss., spec. 123-24; QUADRI(prima maniera), *La sudditanza nel dir. internaz.*, Padova, 1936, p. 50 ss., spec. 104; MORELLI, *Nozioni* cit., p. 116 ss.

[546] Ciò vale, in particolare, per la c. d. soggettività mediata e specialmente per la c. d. soggettività da accordo: ma anche, in una certa misura, per la pretesa soggettività da *jus non scriptum*.

[547] Vero è, a ben guardare, che nemmeno la più «avanzata» delle teorie affermative della soggettività internazionale degl'individui pone gli esseri umani facenti parti dei gruppi in una posizione giuridica tale, rispetto ai gruppi ed all'ordinamento che ne regola i rapporti, da giustificare l'affermazione d'un parallelismo con la posizione degl'individui membri delle persone giuridiche *(infra*, p. 290: che sarebbe quanto basta. a rigore, ai nostri fini presenti. Ci guardiamo bene, tuttavia, dall'assumere questo dato parziale ad elemento di confronto, perché siamo convinti che la realtà giuridica internazionale, specie se considerata sotto il profilo della nozione tecnica più rigorosa delle persone morali come enti giuridici raggiunta nel capitolo precedente, depone in senso molto più radicalmente negativo,

Salvo a valutare più avanti gli aspetti più generali e soprattutto i difetti d'impostazione delle teorie affermative e negative dominanti, conviene procedere senz'altro all'esame critico delle dottrine moniste e dualiste ordinandone per quanto è possibile i non sempre chiari argomenti secondo criteri che ne consentano una discussione rigorosa. La tesi negativa dominante fino al Triepel e all'Anzilotti (ed oggi ancora prevalente nella dottrina italiana con grande scandalo di certe scuole straniere) è stata attaccata da tre punti di vista convergenti ma diversi, e non sempre tenuti distinti dalla dottrina. Innanzi tutto una parte considerevole degl'internazionalisti - la scuola monista - è venuta affermando, specie sotto l'influenza delle concezioni del diritto come fenomeno esclusivamente interindividuale, che i soggetti reali di qualunque norma di diritto internazionale siano sempre stati gl'individui. A questa la teoria della soggettività indiretta degl'individui nella sua formulazione estrema. Accanto a questa teoria, poi, sta l'affermazione, sempre più; diffusa anche fra i dualisti, dell'esistenza di fenomeni di soggettività internazionale diretta degl'individui, sia da diritto consuetudinario sia e soprattutto da accordo: fenomeno che verrebbe assumendo proporzioni sempre più notevoli. Avremmo, insomma, secondo i sostenitori della tesi affermativa, tre ordini di fenomeni di soggettività individuale, ciascuno dei quali presenta, come vedremo, problemi particolari malgrado lo stretto legame che lo lega agli altri due: una soggettività generale (o particolare) indiretta o riflessa e due forme di soggettività diretta, da *jus non scriptum* e da trattato.

L'ordine logico, come si vedrà, imporrebbe di cominciare dalla soggettività diretta da diritto consuetudinario per passare poi alla soggettività diretta da accordo ed alla soggettività riflessa. Procederemo invece in senso esattamente inverso, perché è questo l'ordine comunemente seguito specie dalle dottrine orientate in senso affermativo. Inversione che costituisce uno dei segni più sicuri della debolezza delle dottrine stesse e dell'insufficienza delle dottrine negative.

§ II. - *Soggettività medita, soggettività da accordo e soggettività da diritto internazionale non scritto. Aspetti tecnici delle tre figure e rapporto che le collega.*

18. - La teoria della soggettività mediata degl'individui membri degli «Stati» e degli altri enti soggetti diretti troverebbe applicazione specialmente nel rapporto fra le norme internazionali e gli agenti degli Stati, in tema di protezione diplomatica, nel fenomeno della responsabilità dello Stato per fatti d'individui, nonché nei trattati di commercio e di stabilimento. Essa costituisce uno dei tanti corollari - il più ovvio - della concezione unitaria del diritto, e soprattutto dell'idea già rilevata del carattere necessariamente interindividuale di ogni fenomeno giuridico. Allo stesso modo come le p. g. interne costituiscono strumenti tecnici dei quali il diritto si serve per regolare indirettamente comportamenti di individui da determinarsi attraverso lo statuto, gli Stati sarebbero strumenti o complementi dell'ordinamento internazionale in funzione del

---

riguardo alla soggettività degl'individui, di quanto sia riconosciuto dalla maggior parte dei sostenitori della tesi negativa.

regolamento di rapporti interindividuali[548]. Tanto le norme di diritto internazionale consuetudinario che quelle da accordo avrebbero per destinatari formali gli Stati, ma fondamentalmente sarebbero intese a regolare comportamenti umani. Solo l'«imperfezione» dell'ordinamento - imperfezione che sarebbe in via di graduale superamento - farebbe sì che gli individui destinatari siano determinabili solo indirettamente attraverso gli ordinamenti statuali[549]. A questa idea, che costituisce in .sostanza la formulazione più completa e coerente della teoria, si ricollegano alcune teoriche dualiste, pseudodualiste o non qualificate. La prima in ordine di tempo è la teoria che distingue membri e soggetti dell'ordinamento internazionale collocando nella prima categoria gli Stati e nella seconda, fra gli altri, gl'individui. Idea piuttosto oscura, questa, perché la possibilità d'intendere la qualifica di soggetto non membro come una specie di «sudditanza» internazionale (soggetti-sudditi) - nel senso in cui l'intende il Rehm[550] -, è esclusa dal fatto che nella categoria dei «soggetti- non membri» vengono collocati enti come gl'insorti e i comitati nazionali, per non parlare delle unioni di Stati: tutti gli enti diversi dagli Stati, insomma, alcuni dei quali sono evidentemente soggetti a titolo quantitativamente più o meno limitato, ma altrettanto *diretto* di quello degli Stati[551]. Non è chiaro, insomma, se la distinzione fra membri e soggetti alluda ad una differenza quantitativa o qualitativa. Più chiara, da questo punto di vista - ma solo da questo punto di vista -, è invece la teoria, recentemente avanzata in Italia, e secondo la quale gl'individui sarebbero dei soggetti-oggetti ovvero dei soggetti materiali di diritto internazionale[552]. Idea che tende a collocarsi, se bene intendiamo, su una via di mezzo fra la teoria monista della soggettività indiretta generale e la teoria dualista «classica» del Triepel e dell'Anzilotti. Rispetto alla teoria monista questa concezione si presenta come un'attenuazione della tesi affermativa, in quanto riconosce l'esistenza del fenomeno solo in casi determinati[553]. Con la teoria dualista radicale essa si pone invece in contrasto dal

---

[548] *Supra*, p. 196

[549] Nelle linee essenziali questa esposizione corrisponde al pensiero del KELSEN, spec. *Théorie générale du dr. internat. public* cit., p. 141 ss.; *General Theory* cit., p. 342-43 (ma già in varie opere anteriori); del. VERDROSS, *Die Verfassung* cit., p. 156 ss., e *Völkerrecht* cit., p. 66 s.; *del* KRABBE, *Die moderne Staatsidee,* cit. p 186 ss., 273; dello Scelle, *Précis* cit., I, p. 7 ss., 42 ss.; del POLITIS, *Les nouvelles tendances du droit internat.*, Parigi, 1927, p. 76 ss. e *The New aspects of International Law,* Washington, 1928, p. 18 ss.; del GUGGENHEIM, *Lehrbuch* cit, p. 4-6, 280 ss., ma trova i suoi addentellati in tutte le formulazioni antiche e moderne della concezione della comunità internazionale come *civitas maxima* interindividuale, più o meno imperfetta. Sarebbe condivisa, tra gli altri, secondo il Politis (seconda opera cit.), dal Fiore, dal Bonfils, dal Westlake.

[550] *Untertanen als Subjekte völkerrechtlichen Pflichten, Zeitschrift f. Völkerrecht* ecc., I (1907), p. 53-55. Il VERDROSS, *Règles générales du dr. internat. de la paix,* nel *Recueil d. Cours* cit., 1929, V, p. 349, parla di soggetti attivi («membri») e soggetti passivi dell'ordinamento internazionale.

[551] Per noi la distinzione ha senso solo a condizione che per «membri» s'intendano gli enti soggetti *primari* - vale a dire gli Stati e gli enti assimilati -, e per «soggetti» gli enti o i centri d'imputazione *artificiali:* le unioni di Stati, p. es., qualora i fenomeni che vanno sotto questo nome presentassero gli estremi dell'ente morale internazionale. Il che non crediamo possa ritenersi *(Rapporti contrattuali* ecc. cit. più avanti, *passim).*

[552] SPERDUTI, *Op.* cit., §§ IV e V del Cap. II.

[553] *Op.* cit., p. 97.

punto di vista qualitativo, e precisamente nel senso che essa eleva a situazioni giuridiche - sotto il misterioso concetto di «soggettività materiale» - certe situazioni individuali che per i dualisti più ortodossi sono di mero fatto[554].

La teoria monista viene generalmente respinta dagli autori dualisti più conseguenti con l'argomento ch'essa si fonda su presupposti diversi dai loro[555], ed .in effetti è in un certo senso così, giacché essa deriva per l'appunto dal presupposto del carattere interindividuale di tutto il diritto. Non siamo dell'avviso, tuttavia, che l'argomentazione in senso opposto debba fermarsi qui, perché quel dato di partenza è legato alla nozione degli enti soggetti e attraverso questa anche alla posizione internazionale degl'individui: ed è il modo stesso come la c. d. soggettività indiretta di questi ultimi è costruita dalla dottrina in parola che depone a nostro avviso contro l'esistenza del fenomeno. N'è è probante, per noi, l'argomento che lo Stato-ente morale sia un ente reale[556], perché riteniamo sia vero esattamente il contrario.

Il primo rilievo da fare è che ancora una volta - come in tema di formazione-estinzione degli Stati - gli autori monisti incorrono nell'apriorismo di assumere gli Stati a persone giuridiche dell'ordinamento internazionale proprio per risolvere una delle questioni dalla cui soluzione dipende la possibilità dell'assunzione stessa. Che qualunque fenomeno giuridico abbia per destinatari esseri umani, è una tesi che può. essere esatta ma va dimostrata sul piano della realtà internazionale: e uno dei dati della dimostrazione è costituito proprio dalla soluzione della questione di sapere se la posizione degl'individui membri degli .Stati nell'ambito dell'ordinamento internazionale sia assimilabile alla posizione degl'individui membri di p. g. nel diritto interno. Dare per risolto il secondo quesito sulla base d'una certa soluzione del primo è una petizione di principio analoga a quella in cui i monisti incorrono allorché tentano di dimostrare l'esistenza della norma di legittimazione internazionale degli Stati in base alla necessità di tale norma per la coerenza della concezione da cui muovono[557]. Anche nel caso presente, una volta eliminato l'apriorismo, il dato della pretesa soggettività indiretta si

---

[554] V. per tutti QUADRI, *La sudditanza* cit., spec. p. 93 e prec. e 103, il quale richiama, a proposito della protezione diplomatica, il parallelo con la tutela materiale che viene all'interesse dello schiavo dalla tutela giuridica dell'interesse del *dominus*. Dell'A cit. v. anche *Dir. internaz pubbl.* cit., p. 259 s.

[555] Così, p. es, MORELLI, *Nozioni di dir. internaz.* cit., *p.* 116.

[556] Come implicitamente obbietano gli autori dualisti che muovono da concezioni anti-individualistiche ed organiche dello Stato (ANZILOTTI, *Il dir. internaz. nei giudizi interni*, p. 25 ss., spec. 26 in nota, nonché gli aa. citati nelle note seguenti).

[557] Il nesso fra legittimazione dello Stato e soggettività degl'individui è avvertito dal QUADRI, *La sudditanza* cit., p. 89 s., quando egli argomenta contro la soggettività dall'inesistenza dl una norma internazionale «che al tempo stesso imponga e permetta agli Stati l'adempimento della sua funzione di organo satisfattore d'interessi individuali». Ma il valore dell'argomento è annullato, nell'ambito della dottrina dominante (accolta dal Quadri stesso), dalla concezione organicistica dello Stato dal punto di vista del diritto interno (*Op.* cit., p. 1 ss.) e dall'identificazione dello Stato nel diritto interno con lo «Stato del diritto internazionale». Se la condizione cui il Quadri allude esiste in diritto interno e manca nell'ordinamento internazionale è perché nel primo ordinamento degl'individui sono legittimati a svolgere certe funzioni ed esercitare certi poteri nei confronti di altri (ed è in questa legittimazione, in ultima analisi, che si riassume lo Stato), mentre nel secondo lo «Stato» è assunto nella sua unità storica e nei soli rapporti esterni. Ma questo significa che lo Stato del diritto interno non è una unità organica e non s'identifica con lo «Stato del diritto internazionale».

rivela in se inidoneo a giustificare l'assunzione degli Stati a persone giuridiche internazionali.

Il rilievo più importante in questo senso è che il preteso parallelismo fra gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale e le p. g. dal punto di vista in esame è smentito dal fatto che la soggettività mediata che attraverso le p. g. fa capo agl'individui membri ha per presupposto generico la soggettività diretta degli stessi individui come fenomeno anteriore e indipendente dalla loro qualità di membri della p. g. e per presupposto specifico la loro qualità giuridica di membri dell'ente morale. La soggettività mediata degl'individui membri del «Golf club» - tanto per richiamare l'esempio portato dal Kelsen[558] - presuppone la loro soggettività diretta nell'ambito dell'ordinamento nel quale l'associazione sportiva è costituita in ente morale. L'ente morale sarà stato costituito dai promotori proprio grazie al fatto che essi erano soggetti di diritto. Ed è grazie al fatto ch'essi erano soggetti di diritto che i nuovi membri hanno acquistato la qualità di soci e i diritti statutari connessi. A questo presupposto generico si aggiunge poi, per ciascun socio, il presupposto specifico costituito dalla «membership»: quella situazione giuridica, cioè, in virtù della quale e della quale *soltanto* - se si eccettuano le sue eventuali specificazioni nell'ambito dei soci - le situazioni soggettive facenti formalmente capo all'ente morale si riflettono sui singoli membri nel modo e nel senso che s'è visto[559]. Nel caso degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale nemmeno i! più acceso dei monisti ha ancora asserito - e tanto meno dimostrato - che la pretesa soggettività indiretta degl'individui poggi su presupposti generici o specifici del genere. Innanzi tutto la c. d. soggettività mediata sarebbe qui la regola, perché i casi di soggettività diretta costituirebbero, per gli stessi autori in esame, soltanto delle eccezioni. E ciò senza contare il fatto che la tesi della soggettività diretta è molto discutibile per questi stessi casi eccezionali. In secondo luogo, la qualità di «membri» degli Stati .sarebbe da accertare nei singoli sulla mera base di quel principio dell'effettività della costituzione e del potere statuale del quale abbiamo già costatato il contenuto tautologico[560]. In terzo

---

[558] *General Theory* cit.,. p. 103.

[559] Sopra, p. 90 ss.

[560] L'idea che sussista un legame fra l'individuo e lo Stato agli effetti del riflettersi sugl'individui delle norme internazionali che si rivolgono agli Stati o son da loro poste è suggerita ai monisti dalla teoria della norma internazionale di legittimazione dello Stato, e potrebb'essere suggerita ai dualisti o dalla stessa idea o da idee affini (Balladore Pallieri e Sperduti) o dal fatto che la potestà dello Stato sugl'individui è tutelata più o meno direttamente dal diritto internazionale: vuoi come diritto personale (secondo la teoria dei sudditi come elementi costitutivi), vuoi come diritto reale (secondo la nota teoria del Quadri), vuoi come diritto di libertà o libertà di fatto nell'ambito del territorio (Balladore Pallieri). Dall'esistenza di questa tutela si potrebbe esser tentati di desumere che gl'individui sui quali le norme in questione potrebbero riflettersi siano determinati dal diritto internazionale un po' come gl'individui membri delle persone giuridiche son determinati dall'ordinamento superiore agli effetti del riflettersi su di loro delle situazioni facenti capo al soggetto artificiale.

Contro l'eventuale interpretazione «corporativa» della posizione dei sudditi nel diritto internazionale secondo le dottrine dualiste, si dovrebbe rilevare che nessuna delle figure di tutela prospettate in dottrina - sulle quali per ora non ci soffermiamo (v. Ia Parte III) - implicherebbe necessariamente l'esistenza d'un rapporto *giuridico* corporativo fra i singoli e lo Stato analogo a quello che esiste negli enti morali del diritto interno (Stato compreso) e tale da giustificare un nesso *giuridico* fra le situazioni facenti capo allo Stato-soggetto e quelle facenti capo all'individuo. Se i sudditi fossero elementi costitutivi dell'ente nel senso organico-materiale in cui tale rapporto andrebbe inteso (*infra*, Parte cit.), sarebbe escluso l'elemento giuridico che fa dei membri degli enti morali altrettanti soggetti distinti. Il riflettersi sull'individuo delle conseguenze delle situazioni facenti capo all'ente avverrebbe per via meramente organico-materiale

luogo - e questo è in un certo senso ancora più importante -, l'appartenenza di fatto («effettiva») ad una comunità statuale sarebbe condizione *sine qua non* dell'esistenza delle situazioni giuridiche soggettive individuali in questione, nel senso che queste verrebbero in essere, in capo agl'individui, solo come situazioni mediate: regola questa che si trova implicitamente affermata dagli autori in esame, sia per la soggettività indiretta sia per la stessa soggettività diretta, almeno nei casi in cui essa dovrebbe derivare da accordo fra Stati. A parte alcuni casi sporadici di soggettività diretta da *jus non scriptum*, in altri termini, gl'individui sarebbero titolari di diritti o doveri internazionali soltanto per via riflessa. E non può non sembrare molto strano che in un ordinamento nel quale la soggettività giuridica sarebbe un fenomeno esclusivamente individuale, un ordinamento, cioè, che avrebbe per base sociale gl'individui, la titolarità di diritti e doveri da parte degli stessi esseri umani sia necessariamente subordinata all'appartenenza di fatto di ciascun individuo ad uno degli Stati o dei gruppi assimilati. Perché questo e non altro significa, in ultima analisi, dire che gli individui sono soggetti mediati dei diritti e doveri facenti capo ai gruppi soggetti. Dato e non concesso che quando ci si trova in presenza di gruppi - perché questo requisito occorre pur sempre - i diritti e doveri internazionali degl'individui vadano determinati, almeno nella maggior parte dei casi, attraverso quelli che appaiono formalmente come diritti o doveri degli Stati o dei gruppi ai quali gli individui appartengono, sarebbe naturale che almeno nei casi in cui non si desse uno Stato o un gruppo similare soggetto che adempia a questa funzione d'«intermediario», gl'individui fossero investiti di diritti e doveri direttamente:

(che è la ragione fondamentale per cui la teoria del popolo come elemento costitutivo è senz'altro da escludere sul piano del diritto interno). Il diritto reale di dominio, implicando un rapporto giuridico fra gli Stati avente per oggetto la tutela della disponibilità da parte di ciascuno Stato di determinati individui nei confronti delle ingerenze degli altri Stati non implica l'esistenza d'un rapporto corporativo del genere più di quanto la implichi il diritto di proprietà nei rapporti tra il proprietario e la cosa, l'animale o lo schiavo. Meno che mai un rapporto del genere si potrebbe considerare implicito nel diritto di libertà o nella libertà di fatto esercitata da ciascuno Stato su determinati individui, in quanto a tale libertà in sè e per sè è estranea ogni idea di legittimazione del potere dello Stato di comandare o del dovere degl'individui di obbedire (sul che, esplicitamente, BALLADORE PALLIERI, *La natura giur. Internaz. della potestà dello Stato sugli individui, Memorie dell'Istituto giur. dell'Univ. di Torino,* Serie II, XIX, 1932, p. 21 e 34 ss., spec. 38-39; *Stato e individuo* cit., p. 37; e *Dir. internaz. pubbl* cit., p. 357).

Tutto ciò risulta abbastanza evidente, nell'ambito della teoria dualista, dall'insegnamento che il rapporto di cittadinanza è un rapporto giuridico esclusivamente interno (BURCKHARDT, *Die Einbürgerung der Ausländer in der Schweiz vom Standpunkte d. Völkerrechts betr.*, 1914, p. 9), e si presenta al diritto internazionale come un fatto storico (TRIEPEL, *Dir. internaz.*. ecc. cit (vers. it.), p. 161, 230; ANZILOTTI, *Corso* cit., 1928, p. 57 pr.; TOSATO, I *criteri per la det. della cittadin. delle p. g.*, 1932, p. 20; QUADRI, *La sudditanza* cit., p. 249 ss. spec. 252, 254; BALLADORE PALLERI, *Stato e individuo* cit, l. cit. e *Dir. internaz. pubbl.* cit., p. 357, 362-65). I soli pericoli di offuscamento di questa chiara dottrina son tre. Nella teoria dei sudditi-elementi costitutivi, una certa confusione potrebbe venire dalle teorie organicistiche degli enti morali in quanto attenuino il contrasto fra il carattere giuridico del vincolo corporativo in questi ultimi e la natura extragiuridica del rapporto fra Stato e individuo nel diritto internazionale. Nell'ambito della teoria del diritto reale un elemento di oscurità potrebbe derivare [ne è derivato, anzi, se si considerano alcuni dei rilievi mossi alla teoria dal Balladore Pallieri, *Stato e individuo* cit. e *Dir. internaz. pubbl.* cit. p. 364] dalla confusione fra il conferimento del diritto allo Stato nei confronti degli altri con il conferimento all'individuo d'una qualità *internazionale* di *suddito:* confusione che è peraltro solo nominale in qualche punto della trattazione del QUADRI *(La sudditanza*, p. 249 s.) ed è esclusa da quanto vi si afferma a pag. 254. Un terzo elemento che può oscurare il fenomeno è sia l'idea d'uno degli autori dualisti ai quali ci sentiamo più vicini in questa materia - il Balladore Pallieri - che l'ordinamento internazionale legittimi in qualche modo lo Stato o il suo ordinamento (idea già criticata e che non collima con l'altra, dello stesso autore, che lo Stato non comandi ed il suddito non obbedisca in virtù del diritto internazionale: del che il Balladore Pallieri si avvede a p. 22 ss. de *La natura giuridica* ecc. cit.); sia l'idea più diffusa che lo Stato sia qualificato come tale dall'ordinamento internazionale (*infra*, Capitolo seguente, p. 399 ss.).

almeno dei diritti e doveri derivanti dal diritto consuetudinario. I monisti invece sono ben lontani dall'ammettere alcunché di simile. Gl'individui che non si trovino a far parte di un altro gruppo soggetto - cioè di un ente collettivo che sia in possesso dei requisiti materiali necessari per il godimento della soggettività internazionale (e ve ne sono di gruppi, per i monisti non meno che per i dualisti) che non sono in queste condizioni) - resterebbero, a quanto pare, - stando almeno al diritto consuetudinario -, totalmente al di fuori del consorzio giuridico internazionale[561]. Anomalia che non può non legittimare i più seri dubbi circa la fondatezza di questa interpretazione della realtà giuridica internazionale. È perlomeno molto strano che i fenomeni di soggettività mediata, che nel caso delle p. g. costituiscono un *posterius* della soggettività diretta, siano nel diritto internazionale un *prius*.

Né va dimenticato, infine, che in tanto si può parlare di soggettività mediata degl'individui membri delle p. g. rispetto alle situazioni facenti capo a titolo strumentale all'ente morale, in quanto quest'ultima s'identifica con un centro giuridico di soggettività corrispondente al meccanismo giuridico dello statuto[562]. Nel caso degli enti soggetti in questione, invece, anche a voler prescindere da qualsiasi adesione aprioristica alla dottrina dualista, non esiste né il centro formale di soggettività né il meccanismo statutario; perché s'è visto nella sezione precedente che lo «Stato»-soggetto si presenta all'ordinamento internazionale come un ente reale e non come il centro d'imputazione corrispondente al contenuto d'un sistema di norme. La riduzione delle situazioni dell'ente in situazioni individuali non avrebbe dunque luogo attraverso un meccanismo giuridico ma in linea di mero fatto.

Un'altra differenza non meno importante il Kelsen dovrebbe superare per poter affermare fondatamente la soggettività «mediata» degli individui. Parlando degli «Stati» rispetto all'ordinamento internazionale, il Kelsen afferma, come s'è visto, che gli ordinamenti statuali sono presupposti dal diritto internazionale (oltre a presupporlo)[563]. Invano, però, si cercherebbe un'affermazione analoga con riferimento al rapporto fra le persone giuridiche del diritto statuale e l'ordinamento statuale. Presupposti, nell'ordinamento statuale, sono soltanto gl'individui. Dire che l'ordinamento presuppone le persone giuridiche sarebbe come dire che l'ordinamento presuppone il diritto di proprietà o la successione legittima.

19. - La maggior parte della dottrina dualista è invece orientata in senso esatto quando nega il fenomeno della soggettività mediata nel senso dei monisti e ritiene più o meno esplicitamente che la situazione in cui gl'individui membri degli enti soggetti vengono a trovarsi per riflesso dei diritti e doveri internazionali degli Stati - almeno nella linea generale in cui non vengono in questione i fenomeni di soggettività diretta che vedremo - si risolvono, dal punto di vista del diritto internazionale, in situazioni materiali: il «giuridico» interindividuale rimanendo nell'ambito degli ordinamenti

---

[561] Con questo fenomeno non ha nulla a che vedere, evidentemente, la soggettività di individui-potentati (*infra*, p. 284 s.).

[562] *Supra*, p. 92 s.

[563] *General Theory* cit., p. 342.

statuali[564]. Il fatto che la stessa dottrina poco si soffermi a discutere l'asserzione monista della soggettività indiretta[565], e soprattutto non ponga in rilievo l'apriorismo che si nasconde dietro quell'asserzione, costituisce d'altra parte una riprova del nesso fra il problema della soggettività indiretta e il concetto di persona giuridica, e dell'insufficienza della nozione dominante degli enti morali. Perché è proprio la nozione da essa professata dell'ente morale come «ente collettivo» che da un certo che di ambiguo alla sua posizione. Qualcosa di simile, in sostanza, a quel che si è visto avvenire in tema di procedimento formativo-estintivo degli enti soggetti[566].

Nel quadro della concezione dominante della persona giuridica, infatti, poiché gl'individui membri della corporazione appaiono assorbiti nell'essenza reale dell'ente collettivo, è naturale che non si apprezzi in tutto il suo valore, o addirittura si fraintenda, la caratteristica posizione che gl'individui membri degli enti soggetti occupano rispetto all'ordinamento internazionale. Almeno in una certa misura il rapporto fra le situazioni individuali e le situazioni dell'«ente collettivo» avrebbe carattere *materiale* tanto nelle persone giuridiche che negli enti soggetti dell'ordinamento internazionale[567]. E la differenza si ridurrebbe in ultima analisi a una diversità del grado di penetrazione dell'ordinamento superiore entro la realtà sociale costitutiva dell'ente soggetto.

La differenza assume invece un aspetto completamente diverso quando si rifletta che la capacità giuridica individuale non è assorbita ma *potenziata* dall'appartenenza all'ente morale. Se da un lato potrà certo verificarsi *normalmente il* fenomeno del riflettersi materiale sugl'individui membri dei vantaggi o svantaggi derivanti dal fatto che alla comunità parziale fanno capo certi diritti e doveri[568], resta sempre fermo che nelle p. g. ogni individuo membro si trova investito nell'ambito dell'ente d'una serie più o meno complessa di situazioni giuridiche (quello che il Perassi chiama «*status*»), attraverso le quali egli partecipa *giuridicamente* prima che materialmente di certi vantaggi o svantaggi[569] e questo vale *specialmente* per gli organi[570]. Gl'individui membri degli enti

---

[564] V. JELLINEK, *System* cit. (vers. ital.), p. 359 s.; HEILBORN, *System* cit., p. 64 ss.; TRIEPEL, *Op.* ll. cit. alla nota 196; HOLD-FERNECK, *Lehrbuch* cit., I, p. 249; ANZILOTTI, *Corso* cit., p. 360 ss.; MORELLI, *Nozioni* cit., p. 117 s.; QUADRI, *Dir. Internaz. pubbl.* cit., p. 257 s., *La sudditanza* cit., p. 93, 102; BASDEVANT, *Règles générales du droit de la paix,* nel *Recueil cit.,* 1936, IV, p. 525-29: non tutti, però, ugualmente recisi. Particolarmente chiaro, nella dottrina non strettamente dualista, l'OPPENHEIM (originale), *International Law* cit., I, p. 19 s., 579 ss., 706.

[565] Fanno eccezione l'OTTOLENGHI, *Sulla personalità* ecc. cit., p. 475 ss., spec. 477 s., e il QUADRI, *Dir. internaz. pubbl.* cit., p. 257-58, che non si discostano, però, dalla dottrina dominante a causa della nozione «realistica» della persona giuridica che professano.

[566] *Supra*, p. 224 ss.

[567] Proprio dalla nozione di persona giuridica come ente reale prende invece le mosse la dottrina dualista più o meno decisamente orientata in senso negativo. Così fanno, p. es., il QUADRI, *La .sudditanza* ecc. cit., p. 2, nonché il BALLADORE PALLIERI, *Stato e individuo secondo il dir. internaz.* cit., specialmente a p. 36. Secondo il QUADRI, p. es. (*Op.* cit.), negli enti morali di diritto interno gl'individui beneficierebbero della tutela degli «interessi degli enti morali» (p. 88 s.) solo «occasionalmente ed in fatto» (p. 89).

[568] Questo per la normale esistenza d'un «corpo sociale» sottostante al centro artificiale d'imputazione.

[569] Non sembra di questo avviso, fra gli altri, l'OTTOLENGHI, *Sulla personalità* ecc. cit., p. 474, 480-81, che esclude energicamente la soggettività dei sudditi dell'ordinamento delegato nell'ambito dell'ordinamento delegante.

soggetti, invece, stando alla stessa dottrina che si critica, non sono soggetti per proprio conto - salvo lo sparuto numero di casi di pretesa soggettività diretta che vedremo[571] - ma appaiono sempre assorbiti in gruppi con i quali non si trovano nemmeno in un rapporto di appartenenza direttamente contemplato dall'ordinamento internazionale Di conseguenza, se nel primo caso si può ben dire che gli individui membri sono soggetti «indiretti» dei diritti ed obblighi facenti capo all'ente[572], nel secondo si può dire soltanto che le conseguenze materiali vantaggiose o svantaggiose delle situazioni giuridiche facenti capo agli enti soggetti si riflettono materialmente sugl'individui membri: che è evidentemente tutt'altra cosa. Tutto quello che la dottrina dualista dominante sembra invece opporre alla tesi monista della soggettività indiretta - tesi che, è bene non dimenticarlo, è collegata strettamente a tutta la serie dei teoremi monisti - è che l'ente soggetto «Stato» è una persona giuridica, ma *come tale* un ente *reale* anch'esso, al quale ben si possono indirizzare le norme o le valutazioni dell'ordinamento internazionale[573], e che di conseguenza sono gli Stati stessi e non gl'individui i soggetti finali dell'ordinamento. Atteggiamento che da un lato racchiude un errore dal punto di vista della teoria generale delle persone giuridiche, le quali non s'identificano con la realtà sottostante e non sono soggetti in senso finale, e dall'altro oscura la percezione della natura della soggettività degli enti in esame[574].

20. - Quanto alla pretesa soggettività diretta da accordo - della quale vedremo più avanti le applicazioni più importanti -, essa costituirebbe, com'è noto, il fenomeno più rilevante specie agli effetti dell'evoluzione della comunità giuridica internazionale[575]. La

---

[570] Si avvede parzialmente di ciò il TRIEPEL, *Op.* cit. (vers. ital.), p. 121, benché segua anche lui la teoria organica dello Stato.

[571] Numeri seguenti.

[572] Sia pure con la riserva che si è fatta a suo tempo riguardo alla coincidenza della situazione individuale derivante dallo statuto con la situazione facente capo formalmente all'ente (*supra*, p. 92-93).

[573] Così HEILBORN, *Les sources du droit internat.*, nel *Recueil* cit., 1926, I, p. 5 ss., la cui ampia critica alla teoria della soggettività individuale tradisce ad ogni piè sospinto la contraddizione dualista fra la negazione di questo fenomeno e la concezione degli enti soggetti come persone giuridiche. Così anche ANZILOTTI, *Corso* cit., p. 123; HOLD-FERNECK, *Lehrbuch des Völkerrechts* cit., I, p. 247 e rinvio ivi, e ancora più nettamente MONACO, *Manuale* cit., p. 95 ss. e QUADRI, *Dir. internaz. pubbl.* cit., p. 258.

[574] Le ragioni per cui non siamo convinti dalla teoria della «soggettività-oggettività» o «soggettività materiale» dello SPERDUTI, che tende a conciliare le due opposte dottrine (*Op* cit., *passim*), risulteranno da quel che segue e spec. dal § seg (p. 291 ss.). Sul piano tecnico la teoria non ci persuade sia perché afferma l'esistenza di un fenomeno giuridico del quale nega, a differenza dei monisti, il presupposto essenziale, sia perché il concetto di soggettività-oggettività è un *medium genus* che non ci riesce perspicuo. Né ci convince la distinzione dello SPERDUTI fra soggettività «formale» dello Stato-soggetto e soggettività «materiale» dell'individuo, perché essa implica una ingiustificata alterazione del rapporto fra l'interesse statuale e quello dell'individuo dal punto di vista della tutela internazionale (p. 110-113): alterazione che deriva dal concepire aprioristicamente il diritto internazionale come rivolto in certi casi *solo formalmente* agli Stati (p. 99 lettera *b*). L'idea della *soggettività formale* è per noi esatta in qualunque caso per le persone giuridiche, in quanto, a differenza dello SPERDUTI, non le identifichiamo con un ente reale. Ma per gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale le cose stanno a nostro avviso molto diversamente. È forse proprio la mancata percezione della natura *giuridica* degli enti morali veri e propri che spiega l'atteggiamento dell'a. citato.

[575] A parte i monisti, che son tutti per l'affermativa (e per i quali v. spec. VERDROSS, *Völkerrecht* cit., p. 66 s. e LAUTERPACHT, *International Law and Human Rights* cit., p. 27 s. e *passim*), nonché la copiosissima letteratura non qualificata, l'esistenza del fenomeno è ammessa, fra i dualisti, dal CAVAGLIERI, *I soggetti* ecc. cit., p. 10-13 e 26

sua ammissibilità sul piano tecnico viene giustamente ricollegata al problema della portata dei trattati internazionali, anche se non sembra che la dottrina alla quale siamo più vicini abbia svolto gli argomenti essenziali di cui essa dispone su questo terreno[576].

La migliore dottrina negativa suole osservare che in tanto si potrebbe ammettere che gl'individui acquistassero diritti o doveri *internazionali* per effetto di accordo - cioè diritti e doveri nell'ambito dell'ordinamento internazionale (e non diritti o doveri che due o più Stati fossero internazionalmente tenuti a conferire nel loro stesso ordinamento oppure in un ordinamento distinto sia da quello degli Stati sia da quello internazionale) -, in quanto l'accordo fosse un mezzo idoneo a vincolare enti diversi dai soggetti contraenti. Dato che l'accordo non è idoneo a vincolare enti estranei alla sua stipulazione - si dice -, non è ammissibile ch'esso crei diritti e doveri per gl'individui, i quali nella migliore delle ipotesi si presentano - nei vari casi invocati - in posizione di «terzi»[577]. E l'obbiezione è senza dubbio notevole. Ancora più notevole essa sembra allorché si aggiunge che il preteso fenomeno di soggettività giuridica da accordo sarebbe un fenomeno di mero «diritto internazionale particolare» e che, in quanto tale, non sarebbe per definizione un fenomeno di soggettività giuridica vera e propria. Poiché la soggettività giuridica - si dice - è un fenomeno di «diritto internazionale generale», «la conclusione contraria [a che la soggettività possa essere attribuita da norme giuridiche particolari] sembra imposta dalla considerazione che non sono diritti, poteri, obblighi, facoltà di un ordinamento se non quelli che trovino nelle norme di organizzazione dell'ordinamento la loro necessaria base e la loro garanzia giuridica. Con la conseguenza che non sarebbe concepibile l'acquisto di un diritto o di un'altra situazione giuridica soggettiva per effetto di una *norma particolare*, se non da parte di chi, per essere destinatario delle norme generali, possa vedere la sua situazione garantita come giuridica dall'ordinamento, sia pur mancando della capacità di agire in relazione a tale garanzia, e quindi agendo mediante un rappresentante»[578].

Non vi è dubbio che entrambe queste considerazioni valgano, in una certa misura, a dimostrare l'impossibilità di qualificare come fenomeni di soggettività giuridica

---

dell'estr.; dall'OTTOLENGHI, *Sulla personalità internaz.* ecc. cit., p. 484 ss.; dal SALVIOLI, *La tutela internaz. dei diritti* ecc., vol. II del *Trattato* del Romano e del Fedozzi, p. 123; dal BALLADORE PALLIERI, *Dir. internaz. pubbl.* cit., p. 144 ss.; dal RAPISARDI MIRABELLI, *La capacità giuridica internaz. degli individui, Studi in onore di Santi Romano*, III, p. 65 ss.; dal Ross, *A text-book* cit., p. 28 ss., 109-11; dallo SCHWARZENBERGER, *Internat. Law* cit., I, p. 62 (almeno come possibilità); dallo SPERDUTI, *L'individuo* cit, p. 44-47 e *passim.*

Fra i non internazionalisti si pronuncia fra gli altri in senso affermativo (ma forse sul piano filosofico) il CAPOGRASSI, nello *Studio introduttivo* alla *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, Padova, Cedam, 1950, p. 15 e *passim.* Ha ceduto alla tendenza dominante anche lo HEILBORN, *Die Stellung des Menschen im Völkerrecht*, Breslavia, 1927, pp. 11 ss., a causa della novità, pare, costituita dal ricorso delle associazioni professionali all'Ufficio internazionale del lavoro (art. 409 del trattato di Versaglia).

Per l'esame di alcuni dei casi più importanti in cui questa figura troverebbe attuazione v. *infra*, p. 310 ss.

[576] Negano esplicitamente il fenomeno, oltre ai primi cinque autori citati alla nota 196, ANZILOTTI, *Corso* cit., I, p. 360 ss.; MORELLI, *Nozioni* p. 116 ss.; ZICCARDI, *La costituzione* cit., p. 362. Non altrettanto decisamente il QUADRI, *Dir. internaz. pubbl.* cit., p. 263 (del quale v. però *La sudditanza* cit., p. 60-79).

[577] Così, sostanzialmente, MORELLI. *Nozioni* cit., p. 117 e molti altri autori.

[578] ZICCARDI, *La costituzione* cit, l. cit.

internazionale le situazioni (di fatto) nelle quali, dal punto di vista del diritto internazionale gl'individui son posti in attuazione di certi accordi. Nessuna di esse elimina tuttavia a nostro avviso la tesi contraria, perché entrambe le argomentazioni si trovano inquadrate in una concezione dell'accordo che, a ben guardare, le rende superabili dalla dottrina avversa.

Per cominciare dalla prima obbiezione, essa ha il torto di far leva in sostanza sulla posizione di «terzo» che l'individuo occupa rispetto agli Stati contraenti e che si presta ad equivoco per due ragioni connesse entrambe con la teoria dell'accordo.

a) In primo luogo, il principio dell'inefficacia dei trattati per i terzi vale in modo assoluto soltanto in quanto si consideri la convenzione - e lo stesso vale per il contratto obbligatorio atipico del diritto interno - come atto di autoregolamento, ossia come fonte di diritto nuovo nel senso che vedremo. Non vale, quel principio, per gli accordi o contratti di diritto interno ai quali, accanto o al posto dell'effetto di costituire nuove norme-rapporti obbligatori *inter partes* (effetto disposto dalla norma strumentale), siano connessi effetti determinati da norme di diritto materiale preesistenti, e rispetto alle quali l'accordo stesso operi come atto-condizione. Fino a quando questa distinzione fosse rigorosamente mantenuta, l'obbiezione che l'individuo non può esser soggetto perché estraneo all'accordo sarebbe senza dubbio decisiva, in quanto è evidente che essa andrebbe intesa soltanto per gli accordi in quanto atti di autoregolamento, ossia in quanto fonti. atti rispetto ai quali l'esclusione dell'efficacia per i terzi non soffre eccezione nemmeno per gli Stati. Effetti per terzi Stati (o per terzi individui) se ne verificherebbero soltanto sulla base di norme materiali di diritto consuetudinario che assumessero l'accordo ad atto-condizione di effetti da esse stesse disposti, nel qual caso, evidentemente, ci troveremmo di fronte a fenomeni di soggettività individuale da diritto consuetudinario piuttosto che da accordo. Senonché, la distinzione fra la convenzione in quanto fonte di autoregolamento e la convenzione in quanto condizione di effetti predeterminati da norme materiali è così poco precisa e pacifica, come vedremo, sia in teoria generale sia nella dottrina internazionalistica - ivi compresa la dottrina negativa in esame -; che un'autorevole dottrina civilistica qualifica come fonti tutti i negozi e non pochi autori ritengono che gli effetti del contratto a vantaggio o a carico di terzi, ed eventualmente gli effetti analoghi connessi ad accordi internazionali, costituiscano delle eccezioni al limite soggettivo della portata del contratto (negozio) e dell'accordo. Eccezioni, si dice, che escluderebbero una *inidoneità assoluta* della convenzione in genere (e dell'accordo internazionale in ispecie) a costituire diritti od obblighi di «terzi»[579]. Non vi sarebbe dunque nulla di strano, si rileva, che un accordo producesse effetti vantaggiosi od onerosi per individui, visto che non è *assolutamente* escluso che un trattato abbia effetto in certi casi per gli Stati terzi. Così stando le cose è perlomeno necessario rivedere la questione sotto il profilo della distinzione ira convenzioni-fonte e convenzioni-condizione e dell'idoneità delle prime - e dell'accordo internazionale in specie - a determinare la soggettività di enti diversi dai contraenti.

b) In secondo luogo - e questo è il punto più importante - gl'individui membri degli

[579] Così la pensa, p. es., il KELSEN, *Contribution à la théorie du traité international,* nella *Rev intern. de la théorie du dr.*, 1936, p. 265 ss., nonché *Membership in the United Nations* nella *Columbia Law Review,* 1946, p. 410 s.

enti soggetti[580], pur essendo sotto un certo aspetto meno idonei, in quanto non-soggetti rispetto alla norma consuetudinaria sull'accordo, a divenire titolari delle situazioni create dall'accordo stesso, lo sono per altro verso maggiormente *proprio per questa circostanza.*

A parte la sua estraneità all'accordo, infatti, lo «Stato» o il potentato soggetto «terzo» si presenta di fronte agli «Stati» contraenti come un «pari», nei confronti del quale sarebbe inconcepibile l'esercizio da parte degli enti contraenti di un potere normativo. L'individuo soggetto al potere (di fatto) di uno degli Stati contraenti si presenta, invece, sia pure teoricamente, come il possibile destinatario d'una «funzione» normativa dello Stato cui è soggetto. Si potrebbe sostenere, insomma, che l'inidoneità dell'accordo a produrre effetti per soggetti «terzi» sarebbe superabile nel caso degli individui, in quanto essi sono, almeno in fatto, sudditi degli Stati contraenti o comunque soggetti al loro potere normativo interno. Fenomeno che potrebbe dirsi provato proprio dalla stipulazione di accordi che dispongono l'esistenza di «diritti» o «doveri» internazionali d'individui. Le situazioni del genere sarebbero da qualificare, sì, come diritti o doveri di valore «particolare», ossia limitati alle parti contraenti, ma pur sempre di quel diritto internazionale rispetto al quale il diritto interindividuale *inter partes* costituirebbe un ordinamento parziale (derivato). Questo rilievo ci sembra ora tanto più esatto in quanto è appunto per questa via che si è messo recentemente un autore italiano formalmente dualista, sostenendo che il limite soggettivo alla portata dell'accordo *(pacta non obligant nisi gentes inter quas inita sunt)* varrebbe per le terze «genti» ma non pei singoli loro membri[581].

Quanto al secondo argomento negativo ricordato, non vi è dubbio che anch'esso contiene molto di vero. A soprattutto fondamentalmente esatto, a nostro avviso, il rapporto ch'esso stabilisce fra soggettività giuridica e disponibilità diretta o indiretta (ma solo eccezionalmente indiretta) dei mezzi di garanzia giuridica previsti dalle norme «generali» dell'ordinamento. Sarebbe estremamente difficile, d'altra parte, precisare l'intuizione dell'esistenza di questo rapporto (specie rispetto ai casi di utilizzazione indiretta dei mezzi di garanzia giuridica) in modo da potersene dedurre conseguenze negative decisive per la soggettività individuale da accordo: e questo specialmente in un ordinamento dove predomina l'autotutela. In secondo luogo, l'esclusione dell'idoneità dell'accordo a determinare fenomeni di soggettività d'individui risulta sempre implicitamente contraddetta dalla nozione dell'accordo come atto degli Stati idoneo a

---

[580] Diciamo individui membri, perché è proprio e soltanto rispetto agl'individui in questa situazione che il problema della soggettività è dibattuto in dottrina, sia dal punto di vista del diritto non scritto sia dal p. d. v. del diritto pattizio. Per gl'individui in condizione diversa, sia pure in ipotesi eccezionalissime, v. *infra*, p. 284 s.

[581] È questo l'argomento con il quale lo SPERDUTI (*Op.* e l. cit. più sopra) ritiene si possa superare l'idea del QUADRI prima maniera (*La sudditanza* cit, p. 60) e del MORELLI, *Nozioni* cit., p. 117, che l'accordo fra Stati sia inidoneo a far soggetti gl'individui. Il superamento di entrambe le posizioni sta, come vedremo, nella nozione esatta dell'accordo.

Che la questione possa atteggiarsi per gl'individui-sudditi in maniera diversa che per gli Stati è avvertito, nell'ambito della dottrina negativa tradizionale, dallo HEILBORN, *Das System* cit., p. 65, in considerazione sia della posizione subordinata dei primi sia della coincidenza dei loro interessi (nei trattati di commercio e di stabilimento, per es.) con quelli degli Stati di appartenenza. Lo H., però, fa leva soprattutto sul difetto di «azione» dell'individuo sul piano internazionale, che per noi non costituisce l'elemento decisivo (*infra*, p. 304 s.).

produrre, nell'ambito della sfera soggettiva dei contraenti, un «diritto particolare» ad efficacia oggettivamente illimitata o presso che illimitata. Secondo la dottrina dominante l'accordo sarebbe idoneo a produrre qualunque norma od effetto voluto dagli Stati stessi e che non sia contrario a norme cogenti. Conseguentemente, dato che delle norme cogenti potranno anche esistere nel caso in esame (eventualmente fra le norme «costituzionali») ma certamente non risultano evidenti e non sono individuate dalla dottrina, rimarrebbe sempre aperta la possibilità che mediante accordi fra Stati (enti socialmente composti) si costituisse un *jus singulare* valevole per gl'individui, diverso da quello che vale per gli Stati ma da questo derivato. Si potrà sempre concepire il diritto internazionale come un ordinamento che, organizzato paritariamente ad un certo livello - quello delle «istituzioni Stati» -, sia organizzato gerarchicamente a un livello inferiore, nell'ambito delle società interindividuali corrispondenti agli enti soggetti o nell'ambito di «società» diverse; e ritenere che questa organizzazione gerarchica si manifesti, oltre che nella posizione di diritto istituzionale interno, nella posizione di norma «nfra-istituzionali» mediante il procedimento dell'accordo[582]. Incluso l'accordo tra le «fonti» di «norme» e concepite le «norme» poste da accordo come «diritto particolare», si nega, in sostanza, l'esistenza d'una differenza qualitativa radicale tra gli effetti dell'accordo e della consuetudine. Non resta allora che la differenza in un certo senso quantitativa derivante dall'efficacia limitata dell'accordo dal punto di vista dei soggetti-Stati fra i quali le «norme» da esso poste vigono. Fondamentalmente, l'accordo sarebbe una manifestazione di potere non negoziale ma «legislativo» *inter partes.* Non gli mancherebbe, quindi, l'idoneità a conseguire qualsiasi effetto, sia pure in un ambito soggettivamente od oggettivamente più circoscritto. La questione si ridurrebbe all'interpretazione della volontà dei contraenti[583].

A maggior ragione sarà concepibile la possibilità del fenomeno, poi, quando si tratti di situazioni giuridiche connesse con enti internazionali e si accetti - come una parte considerevole della dottrina italiana accetta - l'idea che l'accordo internazionale sia idoneo a determinare l'esistenza di ordinamenti particolari[584] ordinamenti nell'ambito dei

---

[582] È proprio questa, forse, l'idea dello SPERDUTI, *Op.* cit., del quale abbiamo vista la tendenza a concepire il diritto internazionale in senso molto simile alla corrente monista (*supra*, p. 244 ss.).

[583] Volontà che è facile interpretare in senso affermativo, dato che il riferimento esplicito di trattati a «diritti» degli individui è frequentissimo (esempi in HEILBORN e TRIEPEL, ll. cit., ed in HOLD-FERNECK, *Lehrbuch* cit., I, p. 248-49).

[584] La dottrina monista considera gli ordinamenti delle unioni come diritto interindividuale distinto, al pari di tutto il diritto internazionale scritto e non scritto (e in particolare di qualunque accordo), in due categorie di norme: norme interstatuali-interistituzionali (indirettamente interindividuali) e norme direttamente interindividuali. Teoria perfettamente coerente con la concezione monista, e sulla quale v. VERDROSS, *Die Verfassunq* ecc cit., p. 99 ss. spec. 108-109; KELSEN, *Algm. Staatslehre*, p. 194 ss. e *The Law of the United Nations*, Londra, 1950, p. 149 ss., *passim*, nonché KUNZ, *Staatenverbindungen* cit., *passim* (e spec. p. 100 ss.) e GUGGENHEIM, *Lehrbuch* cit., p. 220 221. Si tratta, come spiega il Kunz, di comunità giuridiche fondamentalmente interindividuali, più accentrate della comunità.internazionale totale e meno accentrate delle comunità statuali federali ed unitarie (*Rapporti contrattuali* ecc. (cit. alla nota 236), p 80 ss.).

Quanto ai dualisti, vi è un certo numero di autori che costruiscono in sostanza il fenomeno nella stessa maniera concependo l'ordinamento dell'unione come diritto internazionale interstatuale-interindividuale. sia ch'essi lo considerino posto dal mero accordo e dai procedimenti da esso istituiti o derivanti dall'attuazione dell'accordo (BALLADORE PALLERI, *Le dottrine di Hans Kelsen* ecc. cit., p. 75 ss.; QUADRI, *Dir. internaz. pubbl.* cit., p. 763)1 sia che

quali si manifestino fenomeni più o meno diversi, qualitativamente o quantitativamente. da quelli che si verificano nell'ambito del diritto internazionale «generale». Vari autori, infatti - anche nella dottrina tendenzialmente più restìa a riconoscere l'esistenza del fenomeno - ritengono che entro questi sistemi di norme si verifichino senz'altro dei casi di soggettività internazionale d'individui, sia pure a titolo «secondario»[585].

---

configurino, come fa più recentemente il Balladore Pallieri, una norma consuetudinaria che qualifica l'atto di unione come «atto costitutivo» dell'istituzione derivata (BALLADORE PALLIERI, *Dir. internaz. pubbl.* cit. p. 141-42).

La maggioranza dei dualisti italiani fa capo invece alla dottrina dell'ANZILOTTI, *Corso* cit., 1928, p. 266 ss. (dottrina non completamente sviluppata dall'A. stesso), e distingue più o meno esplicitamente l'ordinamento dell'unione in quanto persona giuridica composta dagli Stati (intesi questi, pare, come istituzioni originarie), dai sistemi di norme interindividuali interne ai meccanismi dell'unione stessa (regolamenti dei consigli e delle assemblee, norme sulla condizione dei funzionari, ecc.). Distinzione che, implicita nell'Anzilotti (del quale cfr. il luogo testè cit.), si fa più netta nello SCERNI, *Saggio sulla natura giuridica delle norme eman. dagli organi creati con atti internaz.*, Genova, 1930, *passim*, e nel MONACO, I *regolam. interni degli enti internaz.*, *Jus gentium*, 1938 p. 52 ss., 71 ss., ma specialmente nel MORELLI, *L'istituto internaz. di Agricoltura e la giurisdiz. ital.*, *Foro ital.*, 1931, I, col. 1426-27, ed è comunque implicata da tutti gli autori che concepiscono le unioni come ordinamenti parziali (v. le opere del Perassi, del Balladore, dell'Ago, e di altri autori cit. nei *Rapporti coutrattuali* (cit. nota 236), p. 39, nota 41, nonché MORELLI, *Scr.*, l. cit.), ma negano, in pari tempo, la soggettività internazionale degl'individui che agiscono in seno ai meccanismi delle unioni stesse (come fa chiaramente il PERASSI, *Lezioni* cit., I, p. 186 ss., almeno per gli organi di funzioni). Non è chiaro, però, per quale motivo quell'accordo che sarebbe idoneo a determinare un effetto come l'ordinamento parziale istituzionale fra gli Stati in unione sarebbe poi inidoneo a determinare la soggettività degl'individui agenti (*infra*, di seguito).

Quanto al rapporto di questi due ordinamenti fra loro e con gli altri ordinamenti (e quello internazionale in ispecie), mentre i dualisti più vicini alla teoria monista delle unioni li considerano entrambi derivati dall'ordinamento internazionale in modo più o meno stretto (ma a noi non chiaro), l'idea predominante è che il primo - quello dell'«unione» in senso stretto - sia senz'altro e direttamente derivato dall'ordinamento internazionale sulla base dell'accordo, mentre il secondo sarebbe «autonomo». Autonomia anche questa che, mentre assume il significato di «originarietà» nel MORELLI (*Scr.* e I. cit.) ed in altri autori, è accostata da altri all'autonomia regolamentare interna delle persone giuridiche e degli organi collegiali dello Stato (SCERNI, *Op.* cit,. p. 14, 33, 35, 37 e MONACO, *Op.* cit., p. 58, 73, 79 ss. 88 s., 104). E lo Scerni, p. es., pur negando sia il carattere internazionale sia il carattere statuale degli ordinamenti interni dei meccanismi d'unione (v., oltre all'*Op.* cit., *Personalità giur. internaz. ed autonomia normativa*, nella *Rivista*, cit., 1931, p. 390), ritiene che la loro giuridicità derivi «dalla norma fondamentale sulla produzione giuridica, contenuta nel Patto fondamentale dell'Unione» *(ibid.).* Il che dovrebbe implicare la soggettività internazionale degl'individui.

[585] A parte KELSEN, *Op.* ult. cit. (e già VERDROSS, *Règles générales* ecc. cit., nel *Recueil d. Cours* cit., 1929, V, p. 307 ss., 349, e *Die Verfassung* cit., p. 162 s., che qualifica le norme in questione come diritto internazionale in senso lato), v. QUADRI, *Dir. internaz. pubbl.* cit., l. ult. cit., e RAPISARDI MIRABELLI, *La capacità giur.* ecc. cit., p. 67 ss. spec. 71, il quale distingue - come i monisti - funzionari e «sudditi» degli ordinamenti in questione. I secondi sarebbero gli «amministrati» degli enti internazionali. L'affermazione è tanto più sorprendente nel Quadri in quanto lo stesso autore è fra quelli che piu nettamente respingono l'idea monista della soggettività «mediata» degl'individui, sostituendo a questa, recisamente, il mero riflettersi *in fatto* sugli individui delle conseguenze *(evidentemente di fatto)* di situazioni giuridiche-internazionali di gruppi. Del Q. v., tuttavia (in senso contrario alla giuridicità internazionale degli ordinamenti speciali), *La sudditanza* cit., p. 75-79. È evidente, ad ogni modo. quanto sia diverso il senso in cui possono parlare di soggettività da questi ordinamenti i monisti ed i dualisti. Per i prim; gli ordinamenti delle unioni sono qualitativamente non diversi (dal punto di vista della destinazione individuale delle norme) da quegli ordinamenti statuali che pei monisti stessi sono, com'è noto, complementi dell'ordinamento internazionale. La differenza sarebbe meramente *quantitativa*, nel senso che gli ordinamenti delle unioni sarebbero ordinamenti interindividuali *più direttamente* derivati dall'ordinamento internazionale che non quelli degli Stati. Rispetto al diritto internazionale in senso stretto gli ordinamenti delle unioni non costituirebbero altro, parallelamente, che degli ordinamenti interindividuali più accentrati. Pei dualisti, invece - almeno per quelli che, a differenza del Balladore Pallieri, negano la soggettività da diritto generale o da semplice accordo -, la destinazione individuale delle norme degli ordinamenti delle unioni farebbe di questi ultimi qualcosa di *qualitativamente* diverso dagli ordinamenti degli Stati, che per loro non costituiscono complementi dell'ordinamento internazionale (e qualitativamente diverso, d'altra parte, dal diritto internazionale stesso inteso come diritto fra potentati). Si dovrebbe trattare, insomma, d'un fenomeno rivoluzionario.

Secondo il nostro modo di vedere - e come ritenevano forse i fondatori della scuola dualista - i pretesi fenomeni di soggettività individuale da accordo non solo si sono risolti in passato e si risolvono tuttora *giuridicamente* nel senso in cui li intende la dottrina negativa più radicale testè esposta, ma non potrebbero risolversi diversamente fino a quando l'ordinamento internazionale conservi l'attuale suo carattere. La ragione di ciò sta nel fatto che l'accordo internazionale è inidoneo a determinare l'esistenza di situazioni giuridiche del genere, sia ch'esse si ricolleghino alla vita interna degli Stati, sia che si ricolleghino ad organismi internazionali, ed è inidoneo altresì a modificare i caratteri dell'ordinamento. Ma questo perché l'accordo non è l'atto ad effetti pubblicistici che comunemente si ritiene che sia.

21.- La dottrina internazionalistica - e specialmente quella dualista - ha il torto d'impostare il problema dell'efficacia soggettiva-oggettiva dell'accordo partendo da un lato dal presupposto non esatto che i contratti privati interindividuali non siano, almeno in certi casi, fonti anch'essi di diritto nuovo, e identificando dall'altro lato le convenzioni normative, fra le quali essa giustamente include l'accordo internazionale, con fonti ad efficacia pubblicistica. A differenza del contratto interno - di tutti i contratti interni - l'accordo internazionale sarebbe una «fonte di norme» anziché di «rapporti». E in quanto «fonte di norme» - per lo più non limitata, nell'efficacia oggettiva, dall'esistenza di norme cogenti di *jus non scriptum* - l'accordo sarebbe idoneo a produrre qualunque effetto giuridico, sia pure nell'ambito dei soggetti contraenti. Ragionamento di cui abbiamo cercato di dimostrare l'inconsistenza in altra sede[586].

Nel diritto interno vi sono, a ben guardare, quale che sia l'utilità e la possibilità della distinzione agli effetti del diritto interno stesso, tre tipi di convenzioni: convenzioni ad effetti predeterminati da norme di diritto materiale, convenzioni normative private e convenzioni normative pubbliche. Le convenzioni ad effetti predeterminati sono i contratti tipici; le convenzioni normative private sono i contratti obbligatori atipici; le convenzioni normative pubbliche sono gli accordi costituzionali, gli atti di organi diarchici, i contratti collettivi di lavoro, e simili.

Non e sempre possibile ed è spesso difficile distinguere la convenzione privata in funzione di produzione di diritto nuovo dalla convenzione in funzione di condizione di effetti predisposti da norme materiali, perché il più delle volte le due funzioni si trovano commiste e strettamente legate fra loro nelle stesse figure. Sta di fatto, comunque, che il contratto atipico quale è previsto giuridicamente dall'art. 1372 del nostro codice civile è anch'esso, come le convenzioni eteronome, uno strumento di produzione di norme nuove. Le parti che lo stipulano possono creare nei loro rapporti vincoli *nuovi*. Vincoli, cioè, che non solo son condizionati nella loro esistenza alla stipulazione del contratto, ma trovano nel contratto stesso un regolamento che non è dato da norme materiali di diritto legislativo o consuetudinario. Non sono strumenti di produzione giuridica, invece, i contratti privati tipici in senso puro, perché la loro stipulazione, pur essendo rimessa all'arbitrio dei privati, realizza la condizione del sorgere d'un rapporto regolato dal diritto

---

[586] V. il nostro lavoro: *Rapporti contrattuali fra Stati ed organizzazione internazionale*, nell'*Archivio giur. Filippo Serafini*, 1950 (ottobre), p. 15 ss. e 38 ss. dell'estr. Per l'appoggio parziale della tesi sostenuta sulle concezioni dell'accordo professate dall'AGO e dal BALLADORE PALLIERI, v. lo stesso lavoro, p. 39 in nota, e *passim*.

«istituzionale».

Fra le convenzioni produttive di nuovo regolamento, poi, bisogna distinguere le convenzioni private, quali i contratti atipici, dalle convenzioni pubbliche, quali gli accordi costituzionali ed i contratti collettivi di lavoro in regime corporativo. Le convenzioni pubbliche operano come fonti eteronome qualitativamente non diverse, a parte la differenza del grado di efficacia, dalla legge e dalla consuetudine Come tali, esse sono idonee a vincolare con effetti assoluti anche soggetti diversi dagl'individui o dalle istituzioni contraenti. Le convenzioni private o contratti atipici, invece, sono idonee a vincolare solo le parti contraenti e producono pertanto effetti esclusivamente obbligatori. E ciò quale che sia il numero dei contraenti e l'oggetto della contrattazione.

Una serie di fattori porta per lo più la dottrina a non classificare in maniera del tutto esatta i contratti atipici, e soprattutto o a negarne la funzione normativa in quanto atti produttivi di regolamento di casi concreti, oppure a sopravvalutarne la portata strettamente obbligatoria in quanto atti produttivi di un regolamento astratto. Da un lato si tende a negare - esagerando la giusta reazione alla tendenza a considerare come fonti tutti i negozi o gli atti giuridici - che il contratto atipico sia una fonte. Il che dipende soprattutto dal fatto che si confondono le fonti con i fatti produttivi di norme generali od astratte e non s'intende che l'atto produttivo d'un rapporto giuridico nuovo - cioè non regolato dalle norme materiali esistenti - determina l'esistenza d'un nuovo regolamento concreto al pari d'una sentenza dispositiva, anche se questo regolamento presenta caratteristiche diverse. La confusione deriva qui dal non intendere che la norma ed il rapporto giuridico non corrispondono a due fenomeni diversi e distinti, ma sono le due facce d'una medaglia. Da un altro lato si sopravvaluta la portata dei contratti, o di certi contratti, in funzione di fonte negoziale: o perché si attribuiscono ai contratti in genere - e quindi anche ai contratti atipici - effetti nuovi ed assoluti che nel caso dei contratti tipici sono disposti in realtà dalle norme «istituzionali» o perché - confondendo tra fonti eteronome e fonti di norme astratte - si attribuisce un valore superiore a quei contratti atipici che pongono un nuovo regolamento astratto. Non mette conto, tuttavia, di dilungarsi in una discussione di questi atteggiamenti, che ci porterebbe lontano dal nostro tema. Ai fini presenti basta sia chiaro che esiste senza dubbio in diritto interne una convenzione privata produttiva di nuovo regolamento, e che tale nuovo regolamento è d'altra parte strettamente limitato ai rapporti fra le parti, e quindi ai rapporti giuridici *obbligatori*[587].

Venendo ora all'accordo internazionale, non vi è dubbio che nella maggior parte dei casi esso operi in funzione normativa, in quanto crea per lo più fra i contraenti, data la scarsezza di norme materiali cogenti, norme-rapporti *nuovi.* I casi di accordi in funzione meramente condizionante, posto che ne esistano, saranno rari[588]. Questo non vuol dire, però, che l'accordo internazionale sia solo per questo *più* «fonte» di quanto lo

[587] Ci permettiamo di rinviare ai *Rapporti contrattuali fra Stati* ecc. cit., p. 38 ss., dove ci poniamo tuttavia senz'altro dal punto di vista della teoria dualista e della nozione privatistica che a nostro avviso essa comporta degli enti soggetti contraenti.

[588] Un caso potrebb'essere quello dell'accordo di cessione territoriale qualora fosse dimostrata l'esistenza della norma consuetudinaria che vi attribuisce effetto assoluto.

siano certi negozi privati interni. E nemmeno significa, a parità di qualifica come «fonte», che l'accordo internazionale ponga norme di valore necessariamente superiore a quelle poste da certi contratti privati interni, sia pure nella sfera più ampia di rapporti determinata dall'assenza di norme cogenti e nelle relazioni fra soggetti della «grandezza» degli Stati. La dottrina dominante - la corrente dualista non meno di quella monista - parte senz'altro dal dato che l'accordo ponga norme *anziché* rapporti, e che l'assenza di norme materiali di altra provenienza lasci all'accordo la possibilità di spaziare in qualunque campo, salvo il limite d'ordine soggettivo derivante dall'inidoneità ad obbligare Stati diversi dai contraenti. Ma se esso potrà funzionare solo come fonte, o per lo meno funzionerà come tale più frequentemente di quanto non funzioni come fonte il contratto «privato» interno, non è detto né che determini effetti giuridici più rilevanti di quelli che ad esso eventualmente riconnettessero norme materiali consuetudinarie che lo assumessero a condizione del proprio funzionamento né che funzioni come fonte convenzionale a carattere pubblicistico piuttosto che privatistico.

La portata dell'accordo si determina, al pari della portata di qualsiasi altra convenzione, accertando innanzi tutto se nel caso considerato l'atto operi in funzione normativa o in funzione condizionante.

Se l'accordo opera come fatto-condizione, è evidente che la sua portata sarà determinata dalle norme che dispongono gli effetti di cui si tratta. Potranno aversi, quindi, effetti relativi e strettamente obbligatori come effetti assoluti: effetti risolventisi strettamente *inter partes o* effetti per i terzi. Ma questo caso interessa poco, sia per la rilevata scarsezza di norme cogenti di diritto consuetudinario, sia perché agli effetti specifici del problema in discussione importa accertare la portata dell'accordo in funzione di atto normativo. Se i trattati in questione realizzassero soltanto la condizione del funzionamento di norme consuetudinarie, saremmo fuori dell'ipotesi di soggettività individuale da diritto pattizio.

Quanto agli accordi in funzione normativa, la determinazione della loro portata va fatta, a nostro sommesso avviso, in base a qualcosa di più del semplice dato costituito dalla enunciazione corrente della norma *pacta sunt servanda* e del suo limite soggettivo nei confronti delle *gentes* estranee all'atto, perché né la norma né il limite ad essa aggiunto risolvono la questione di sapere se si tratti d'una convenzione privatistica o d'una convenzione di diritto pubblico. L'elemento decisivo è costituito proprio dalla nozione esatta degli enti fra i quali l'accordo viene stipulato. Cosi come si trova enunciata, la norma *pacta sunt servanda* (e cosi pure la proposizione *pacta non obligant nisi gentes inter quas inita sunt*) non risolve il quesito se la convenzione interstatuale costituisca un atto normativo di stretto autoregolamento fra le *gentes* contraenti intese come soggetti elementari, oppure un atto ad effetti eteronomi concluso fra due o più «istituzioni» della comunità giuridica internazionale attraverso i rispettivi agenti. Il riferimento alle *gentes* non reca alcuna precisazione in merito. Tanto i contratti normativi privati nel senso precisato quanto i contratti collettivi non obbligano altri enti che quelli stipulanti. Soltanto che nel primo caso siamo di fronte agli enti soggetti elementari dell'ordinamento e nel secondo di fronte a corporazioni di diritto pubblico. Nel primo caso abbiamo un atto di stretto autoregolamento di rapporti ad effetti meramente obbligatori, nel secondo un atto quasi-legislativo ad effetti eteronomi.

Ora per l'accordo internazionale vale la stessa cosa. Se s'intendono gli Stati come «istituzioni» dell'ordinamento unitario dell'umanità, si dovrà attribuire all'accordo la portata d'una convenzione di diritto pubblico. Se si concepiscono gli Stati come gli enti soggetti di base dell'ordinamento, si dovrà intendere l'accordo come fenomeno parallelo a quello del contratto atipico meramente obbligatorio del diritto interno. Ed è sull'una o sull'altra base soltanto che si può risolvere in modo soddisfacente la questione della idoneità dell'accordo a produrre effetti per gl'individui, od a creare ordinamenti «speciali» entro i quali gl'individui godano di diritti o doveri.

Se nell'assolvere la sua funzione tipica l'accordo internazionale presentasse le caratteristiche della convenzione-fonte pubblica, non si potrebbe contestare, almeno in linea di principio, che un trattato fra «Stati»-soggetti sia idoneo a determinare l'effetto della soggettività degl'individui membri degli enti contraenti. La norma strumentale sull'accordo-fonte equivarrebbe, in tale ipotesi, alle norme di diritto interno sul contratto collettivo. Il limite soggettivo andrebbe interpretato nel senso ch'esso si riferisce alle *gentes* come tali e non ai loro membri. Noi non esiteremmo ad aggiungere, anzi, che in tal caso i patti internazionali sarebbero perfettamente idonei ad obbligare anche le comunità giuridiche pubbliche intermedie fra gli Stati e i singoli: dagli Stati membri di Stati federali ai comuni ed alle associazioni private. Avremmo comunque soggettività internazionale d'individui sia nel caso delle situazioni collegate con il diritto interno degli Stati, sia nei casi di situazioni collegate con organismi internazionali ed i loro ordinamenti[589].

Vero è che resterebbe sempre da spiegare per qual motivo sia necessario nel nostro caso che la stipulazione e la ratifica del trattato venga seguita dall'emanazione nei singoli Stati dei provvedimenti interni necessari per l'attuazione degli obblighi internazionali. È questo anzi uno dei segni che l'atto internazionale in sè e per sè non determina effetti giuridici diretti nei confronti degl'individui. La difficoltà sarebbe superabile, però - com'è superata, del resto, dai monisti -, una volta dimostrato che l'accordo internazionale fosse assimilabile ad una convenzione di diritto pubblico. Quali che possono essere gli atti ulteriori necessari agli effetti interni (dopo la ratifica ad effetti «esterni»), si tratterebbe di dare concretezza a situazioni virtualmente sancite dal diritto internazionale stesso[590].

22. - Quanto a stabilire se questa ipotesi si verifichi, è evidente che solo il risultato dell'indagine cui questo lavoro è dedicato potrà fornirci una base per farlo. Il dato accertato in merito alla natura del processo formativo-estintivo degli Stati dal punto di vista del diritto internazionale è tuttavia sufficiente per escludere che gli accordi fra Stati stiano ai sudditi (dal punto di vista del diritto internazionale) come gli accordi tra associazioni sindacali stanno ai membri delle categorie interessate. Mancherebbe totalmente quella legittimazione delle corporazioni stipulanti che costituisce il

---

[589] L'entrata in vigore d'una Convenzione sui diritti umani, p. es., avrebbe senz'altro effetti interindividuali, e la possibilità che gl'individui adissero una corte internazionale per far valere i diritti previsti dalla Convenzione nei confronti d'uno Stato - qualora fossero adottate certe proposte in tema di garanzie - si potrebbe assimilare al potere d'azione conferito agl'individui da un contratto collettivo che istituisse dei tribunali arbitrali fra le categorie interessate.

[590] La situazione sarebbe in tal caso analoga a quella che si verIfica in diritto interno per certe norme costituzionali (*infra*, p. 293 ss.).

fondamento del valore eteronomo del contratto collettivo di lavoro.

Questa deduzione è del resto avvalorata dal rilievo che, mentre l'esistenza di un potere internazionalmente rilevante degli organi e dei rappresentanti degli Stati (che solo potrebbe giustificare gli effetti individuali dell'accordo) dovrebbe implicare la soggezione correlativa e quindi la soggettivita a titolo *primario* dei singoli, la dottrina dominante ritiene esistente questa soggettività solo in una serie sparuta di casi e tende a far leva proprio sull'accordo per superare questa deficienza. Ma è assurdo pensare che la sfera di efficacia dell'ordinamento internazionale possa estendersi ad una nuova categoria di enti attraverso uno strumento di produzione giuridica traente il suo valore da una norma primaria che non prende in considerazione gli enti di cui si tratta. La possibilità che un contratto modifichi la composizione della comunità giuridica, è ancora più assurda dell'idea che un contratto costituisca la comunità stessa o ne modifichi la costituzione[591].

23. - Ciò posto. si deve conte.stare recisamente - più recisamente di quanto di solito si faccia - ogni possibilità che gl'individui membri degli enti soggetti acquistino diritti o doveri internazionali per effetto di mero accordo. In primo luogo l'atto costituisce una manifestazione di autonomia contrattuale in un duplice senso: in senso positivo, in quanto determina solo gli effetti e tutti gli effetti voluti dalle parti nell'ambito lasciato alla loro iniziativa; ma anche in senso negativo, in quanto non crea norme valevoli per enti diversi dai contraenti diretti: effetti *inter portes*, in altri termini, in senso pieno. In secondo luogo, anche nei rapporti fra le parti l'accordo sarebbe idoneo a determinare soltanto effetti «obbligatori», perché solo i rapporti obbligatori si risolvono totalmente nell'ambito dei contraenti. Con la conseguenza che non si potrebbe parlare, come fa la dottrina dominante, delle norme poste da accordo come di norme «particolari» nel senso di *jus singulare.* Il concetto di *jus singulare* non è collegato genera,mente con quello di fonte subordinata ad efficacia meramente «obbligatoria», ma all'idea d'un diritto speciale (e in questo senso «particolare») posto dalla stessa fonte o da una fonte di portata *uguale* a quella che pone il diritto rispetto al quale la «specialità» sussiste. Ad ogni modo, si tratta sempre di una fonte eteronoma [592] [593].

Alle dottrine della soggettività individuale da accordo si deve rispondere, dunque, si, con l'obbiezione che l'accordo non è idoneo a produrre effetti per enti diversi da quelli

---

[591] A questa deficienza supplirebbe la norma consuetudinaria attributiva della soggettività agl'individui ipotizzata dal BALLADORE PALLIERI, *Dir. internaz. pubbl.*. cit., p. 147. Da buon costituzionalista questo autore intende molto bene la necessità di norme eteronome (istituzionali) per realizzare certi effetti.

[592] Rinviamo ancora al lavoro citato ed ai riferimenti in esso contenuti. *Jus singulare* in questo senso potrebbero essere le norme sindacali relative ai rapporti di lavoro. Ma è difficile estendere il concetto alle infinite norme integrative poste dai privati mediante contratti obbligatori solo perché si tratta di norme ad efficacia soggettivamente limitata. Se comunque lo si facesse, si dovrebbero distinguere due specie di diritto particolare: eteronomo e contrattuale.

[593] La concezione pubblicistica dell'accordo internazionale, che a nostro avviso è insostenibile, non è legata soltanto all'impropria nozione degli enti soggetti come Stati e come persone giuridiche (istituzioni internazionali) ma a vari altri *idola* di teoria generale del negozio giuridico e del contratto e di teoria generale dell'ordinamento. Per la loro discussione e soprattutto per l'esame dei fattori di teoria generale dell'ordinamento internazionale, ci permettiamo di rinviare ancora una volta al lavoro citato.

che vi hanno preso parte. Ma quest'obbiezione assume un significato ben più profondo, eliminando ogni possibilità di equivoci del genere di quelli che si son visti derivare dal fatto che gl'individui son «membri» e «sudditi» degli enti soggetti contraenti. Da un lato l'obbiezione comune escluderebbe, come senz'altro esclude, che l'accordo vincoli di per sè degli Stati diversi da quelli contraenti (a parte l'ipotesi che ne derivino effetti *extra partes* in virtù di norme consuetudinarie). Ma agli effetti *interni* agli enti soggetti e comunque nei confronti degl'individui membri degli Stati contraenti questo *limite* risulta completato *dall'assenza* di ogni riflesso *giuridico* (internazionale) dell'accordo sugl'individui stessi, determinata dall'inesistenza di ogni presupposto giuridico internazionale di effetti del genere. L'esistenza di situazioni *giuridiche* individuali in forza del trattato stesso sarebbe esclusa inoltre dal fatto che dall'accordo non deriverebbero effetti assoluti ma solo effetti meramente obbligatori. La situazione giuridica individuale non potrebbe essere determinata, eventualmente, che dall'adempimento da parte degli Stati agli obblighi assunti. Né vale osservare, evidentemente, che il diritto internazionale viene «incorporato» nel diritto interno per effetto dell'adattamento automatico o dell'ordine di esecuzione[594]. Nell'uno come nell'altro caso, occorrerebbe dimostrare che il diritto interno è «incorporato» nel diritto internazionale, non viceversa. E l'incorporazione in questo senso è esclusa perché la norma di adattamento automatico è posta da un'autorità che non risulta legittimata, dato il difetto di legittimazione dello Stato, dall'ordinamento internazionale (*ex facto jus*), e le norme di esecuzione son poste da un'autorità delegata a sua volta dalla prima[595].

---

[594] V., p. es., LAUTERPACHT, *International Law and Human Rights* cit., p. 10-12.

[595] Si ha qui un'inversione logica analoga a quella in cui cadono gli autori monisti che traggono argomento dalle norme costituzionali interne di adattamento automatico per dimostrare che diritto interno e internazionale costituiscono un sisterna giuridico unitario. V., p. es., (GUGGENHEIM, *Lehrbuch* cit., p. 34 ss.; LAUTERPACHT, *International Law and Human Rights* cit., p. 10-11 (ma già nello scritto *Is International Law a part of the Law of England,* nelle *Transactions of the Grotius Society,* XXV (1939), pp. 77-84 nel quale il L. applica il ragionamento invertito ad una serie di casi nessuno dei quali si può considerare probante per la tesi che sostiene (*infra,* p. 310 ss.).

L'equivoco è facilitato dalla deduzione impropria della separazione fra gli ordinamenti dal mero dato della possibilità di sussistenza di norme interne contrarie al diritto internazionale: deduzione giustamente criticata dallo SPERDUTI, *Op.* e l. cit. sopra, p. 243-44, ed il cui valore non decisivo è provato dall'esistenza di numerosi casi, negli stessi ordinamenti interni, in cui delle norme inferiori restano operanti nonostante la loro non conformità formale o sostanziale al dettato di norme costituzionali (*infra,* p. 294 ss.). Si evita l'equivoco quando s'imposti più esattamente il problema sulla base dell'esistenza o meno del dato positivo della legittimazione dei poteri fondamentali degli Stati da parte del diritto internazionale. Punto sul quale non concordiamo, come s'è detto, con lo SPERDUTI (*supra,* p. 243 s.). La migliore dottrina italiana (PERASSI, *Lezioni* cit., II, *Introduz. al dir. internaz. priv.* 1950, p. 3 ss. e MORELLI, *Nozioni* cit., p. 71 s. e *Lezioni di dir. intenaz. priv.* cit., p. 3 s.) non è sempre orientata in questo senso (v. spec. PERASSI, *Op.* ult. cit. p. 7 s., e *L'Etat dans la communauté internationale,* in *La Constitution italienne de 1948, Recueil d'etudes sous la direction d'Emilio Crosa,* Parigi, 1950, p. 237 s.).

Sull'impossibilità di dedurre l'unità dei sistemi dall'esistenza di norme costituzionali di adattamento si pronuncia chiaramente il PERASSI, prima opera cit., p. 10-11, 24 s., 32. Conformemente all'abitudine degli scrittori monisti, tuttavia, il LAUTERPACHT non tiene il minimo conto di questo rilievo quando osserva (*Op.* cit., p. 11 ss.) che gli scrittori «positivisti» si limitano ad opporre alla «doctrine of incorporation» l'argomento che nonostante l'incorporazione i soggetti dei due ordinamenti restano diversi [argomento che costituisce, com'è noto ai dualisti, solo una parte dei dati sui quali la teoria dualista è stata costruita dal Triepel e dall'Anzilotti]. D'accordo con il L. che quest'obbiezione non risolve nulla, dato che si discute proprio se gl'individui siano elevati a soggetti di diritto internazionale in virtù delle norme «incorporate». Ma non ci sembra esatto dire che l'argomento da noi preferito - e che lui trova usato implicitamente, pare, dal Kelsen! (LAUTERPACHT, *Op.* cit., p. 38-39 in nota) - costituisca un'«asserzione puramente dialettica». Puramente dialettico è proprio l'argomento che il L. vuol desumere dal mero fatto dell'adattamento (Con buona pace del Lauterpacht, sia detto per inciso, il fatto che il Kelsen ritenga che i tribunali

Quanto agli ordinamenti «speciali», una volta concepito l'accordo come atto privatistico degli Stati come enti di fatto, rimarrebbero superate le incertezze che permangono intorno alla loro natura nella stessa dottrina dualista[596], soprattutto perché resterebbe spiegata la più profonda ragione della costruzione monista. Ben potrebbero parlare, i monisti, di un diritto fondamentalmente interindividuale (anche se formalmente interstatuale)[597], perché si tratterebbe in sostanza di speciali atteggiamenti di quello stesso diritto interstatuale-interindividuale che l'accordo sarebbe idoneo a porre secondo la loro concezione pubblicistica. Anziché mettere in moto, come farebbe normalmente, gli organi e gl'individui membri degli Stati nell'ambito delle comunità statuali stesse, l'accordo verrebbe a costituire più direttamente, con questi ordinamenti, delle comunità interindividuali. Comunità che appunto per questo sarebbero «determinate» dall'ordinamento internazionale a maggior titolo di quanto lo siano le comunità statuali.

Ma se si mette da parte l'idea del valore pubblicistico e interindividuale dell'accordo, la tendenza dualista a ritenere che gli ordinamenti interni dei meccanismi d'unione (ordinamenti interindividuali) siano separati e distinti dall'ordinamento internazionale appare non solo più rispondente alla realtà di quella monista ma acquista fondamento e contorni più precisi di quelli che attualmente presenta. In primo luogo, risultando l'accordo inidoneo in sè a produrre effetti individuali pei motivi più profondi che abbiamo esposti, risulta escluso ancora più nettamente che gli ordinamenti interni dei meccanismi, in quanto sistemi di norme interindividuali, derivino dal diritto internazionale attraverso l'accordo di unione. In secondo luogo, poiché l'accordo sarebbe inidoneo a produrre effetti assoluti di qualsiasi specie, ne risulta comunque escluso ch'esso produca altro che dei rapporti obbligatori fra gli Stati contraenti. Il che esclude che ne derivi un ordinamento qualificato da rapporti di carattere gerarchico. Ne rimane esclusa, quindi, la derivazione dell'ordinamento interindividuale, sia direttamente dall'accordo sia dall'ordinamento particolare o parziale interstatuale della stessa unione, nel quale una parte della dottrina ricordata vorrebbe collocarne la «norma fondamentale di legittimazione»[598]. In terzo luogo, poiché l'accordo sarebbe inidoneo a conferire «poteri» a terzi, resta anche escluso che ne derivi un'«autonomia» od un «potere» normativo dell'ente in sè e per sè paragonabile a quello degli enti morali pubblici (e privati) di diritto interno: altro punto che non sembra del tutto chiaro nella dottrina ricordata[599]. Gli ordinamenti interindividuali in questione sarebbero insomma originari in

---

nazionali che condannano i violatori del diritto di guerra applichino diritto interno adattato al diritto internazionale non significa che il Kelsen neghi la destinatarietà individuale delle norme di diritto internazionale, perché il diritto interno sarebbe legittimato e delegato, per il K., dallo stesso diritto internazionale, e sarebbe da questo delegato per la sanzione (*infra*, p. 284).

[596] Sopra, p. 269 s., in nota.

[597] V. p. 269, in nota.

[598] V. l'*Op.* e il l. cit. a p. 270, nota 234.

[599] *Ibid.* Ciò, del resto, sarebbe comunque escluso, data l'inidoneità dell'accordo a produrre effetti per individui, perché le «autonomie» ed i «poteri» dell'ente morale relativi alla costituziolle degli *interna corporis* fanno capo agli enti morali stessi unitariamente intesi solo nel senso improprio in cui gli organicisti ritengono che ciò avvenga. In realtà, si tratta di poteri facenti capo formalmente all'ente ma sostanzialmente (attraverso lo statuto derivato)

quanto costituirebbero i! risultato dell'*adempimento* da parte degli Stati dell'obbligo di porre in essere e far funzionare i meccanismi in questione e dell'esistenza stessa delle organizzazioni reali d'individui così costituite e funzionanti[600]. La teoria degli ordinamenti speciali resterebbe in piedi soltanto se fosse esatta l'ipotesi del Balladore Pallieri che esista una norma consuetudinaria contemplante l'accordo come fattispecie dell'istituzione internazionale. Ipotesi, il cui avverarsi implicherebbe, peraltro, come abbiamo cercato di mostrare in altra sede, il superamento del sistema giuridico *paritario* e *interstatuale* e l'esistenza attuale di una comunità giuridica internazionale interindividuale, in seno alla quale gli Stati unitari e federali risultassero legittimati e delimitati dal diritto internazionale in senso stretto[601]. Questo senza contare che la norma consuetudinaria ipotizzata *dovrebbe rivolgersi essa stessa agli'individui*, assoggettandoli all'unione di cui legittimerebbe l'esistenza. Saremmo dunque un'altra volta fuori della figura della soggettività da accordo.

Quel che vale per gli «ordinamenti» delle unioni di Stati vale naturalmente a maggior ragione per i regolamenti degli a organi internazionali a, che sono per noi la stessa cosa[602].

Concludendo, si deve rilevare che le dottrine affermative dell'esistenza e della possibilità del fenomeno appaiono estremamente deboli, e la dottrina negativa manca di coerenza: difetti dovuti entrambi all'inadeguata o inesatta impostazione del problema della *fonte* del preteso fenomeno di soggettività individuale «da accordo». La debolezza delle prime sta nella circostanza che la condizione essenziale perché l'accordo internazionale operi nel senso pubblicistico spiegato è che sussista per l'accordo .stesso un presupposto analogo a quello che rende possibili gli effetti eteronomi del contratto collettivo. Presupposto che si è già visto non sussistere. In secondo luogo, poi - e qui dobbiamo insistere sul rilievo già fatto in tema di soggettività indiretta -, in tanto i membri o «sudditi» dell'istituzione interna soffrono o si avvantaggiano delle conseguenze degli atti interistituzionali, in quanto sono soggetti all'ordinamento totale

---

agl'individui che formano la «volontà» dell'ente. Il potere o la libertà di «auto-organizzarsi» non potrebbe evidentemente spettare all'ente o alla sua «organizzazione effettiva», visto che solo attraverso l'esercizio dei poteri in questione l'organizzazione verrà in essere. Sul che *infra*, p. 343 ss.

[600] Ciò trova conferma e non contraddizione, a nostro avviso, nel fatto che gli ordinamenti in parola costituiscono l'embrione di ordinamenti federali (o unitari) corrispondenti ai popoli dei vari Stati di unione.

[601] Vedi i *Rapporti contrattuali* ecc. cit., p. 116-17 e *passim.*

[602] *Scr.* cit., p. 123 ss.

Anche qui l'accordo da un lato non sarebbe idoneo (a meno di non ipotizzare l'esistenza di tutte le norme consuetudinarie necessarie) a determinare quei fenomeni di diritto eteronomo che collocherebbero gli organi arbitrali od «amministrativi» internazionali al di sopra degli Stati (sul che, per qualche cenno, vedi i *Rapporti contrattuali* cit., p. 132 ss. e nota 201 bis). Dall'altro lato esso non sarebbe idoneo a porre gli organi in questione come istituti infra-istituzionali a funzioni interindividuali. Non si dovrebbe poter parlare, quindi, né di giurisdizione fra gli Stati né di giurisdizione internazionale fra individui. Gli accordi internazionali costitutivi di organi del genere realizzerebbero il fenomeno della giurisdizione interindividuale solo in senso materiale, attraverso l'adempimento degli obblighi da essi eventualmente posti agli Stati d'inserire determinati «organi» (costituiti su base *materialmente* internazionale) nei loro stessi ordinamenti interni: che è il fenomeno dei tribunali capitolari, dei tribunali misti e dei tribunali arbitrali misti. Altro punto, quest'ultimo, non del tutto chiaro nella stessa dottrina dualista se almeno due degli autori che si sono ultimamente occupati dei T.A.M. dubitano dell'esattezza della nota costruzione dell'Anzilotti (*infra* nota 302).

prima, indipendentemente *e per il fatto stesso* di essere assoggettati all'istituzione stipulante. Il problema della soggettività da accordo si risolve in *ogni caso* in una questione di soggettività da diritto primario.

Quanto alla dottrina negativa, essa imposta in maniera piuttosto superficiale la questione della soggettività da accordo e soprattutto non si avvede che in tanto si può escludere l'esistenza del fenomeno in base al rilievo che gl'individui non son titolari del potere di accordo o sono comunque in posizione di «terzi» in quanto si concepisca l'accordo come contratto atipico meramente obbligatorio. Se invece si parte (a nostro avviso a torto) da una concezione pubblicistica -come fa la stessa dottrina dualista -, il fatto che l'individuo non sia titolare del potere o sia estraneo alla stipulazione non è meno irrilevante agli effetti della negazione della destinazione individuale delle norme di quanto il fatto che i singoli lavoratori e datori di lavoro non siano legittimati a porre in essere direttamente il contratto collettivo sia irrilevante agli effetti dell'eventuale obbligatorietà del regolamento collettivo[603]. L'equivoco è favorito, anche qui, dalla concezione organicistica degli enti morali di diritto interno[604] e dall'idea forse connessa che i contratti collettivi siano delle figure di negozi a favore di terzi piuttosto che degli atti normativi ad effetti eteronomi [605].È naturale, quindi, che non s'intenda il carattere pregiudiziale della soggettività primaria rispetto a quella da accordo.

24. - Posto che la soggettività indiretta e la soggettività diretta da accordo presuppongono la soggettività primaria, è il problema di quest'ultima che assume carattere fondamentale. Ed è proprio al confronto con il carattere ch'essa riveste rispetto agli altri due fenomeni che riesce più difficile riconoscerne gli estremi nei pochi casi che costituirebbero, secondo vari autori (per una strana inversione logica), le eccezioni rispetto alle altre due figure[606]. I casi generalmente invocati sono, come è noto, oltre alla pirateria[607], quello dell'art. 3 della Conv. di Washington sull'impiego dei sottomarini e dei gas asfissianti[608] - che ricade, peraltro nel novero delle figure di pretesa soggettività da accordo - e quelli della violazione del blocco marittimo[609], del contrabbando di

---

[603] Una certa coerenza si troverebbe da questo punto di vista nella tesi dello Sperduti, secondo la quale il limite soggettivo alla portata dell'accordo varrebbe per gli Stati ma non per gli individui. È d'altra parte evidente che in tanto questa tesi ha potuto essere avanzata in quanto l'autore aderisce senz'altro alla concezione pubblicistica della dottrina monista, senza porsi prima né il problema della portata privatistica o pubblicistica dell'accordo né quello strettamente connesso della natura degli enti soggetti. Egli assume senz'altro per buona la concezione pubblicistica dominante anche fra i dualisti, senza domandarsi se essa corrisponda alla «complessiva intuizione» dualista, e partendo senz'altro dall'assimilazione degli Stati-soggetti agli enti morali. La maggiore coerenza interna della tesi si risolve in ultima analisi in una petizione di principio.

[604] *Supra*, p. 226.

[605] Verso una concezione organicistica è esplicitamente orientato lo SPERDUTI, *Op.* l. cit. sopra, p. 160. Ed il resto della dottrina dualista italiana la pensa sostanzialmente allo stesso modo.

[606] V., p. es., KELSEN, *Théorie générale* ecc. cit., p. 148 ss.; POLITIS, *The new aspects* ecc. cit., p. 21 ss., 32 ss.

[607] KELSEN, *Op.* cit., p. 148 s. ; WESTLAKE, *Chapters on the Principles of Internat. Law* Cambridge, 1894, p. 2.

[608] KELSEN, *Op.* cit., p. 151.

[609] KELSEN, *Théorie* cit. p. 153. Fra i monisti nega l'esistenza di obblighi individuali connessi con il blocco il LAUTERPACHT, *International Law and Human Rights* cit., p. 10.

guerra[610], delle violazioni delle norme del diritto di guerra[611], e di certi atti lesivi di Stati esteri (attentato contro il Capo od i rappresentanti di uno Stato estero, insulto alla bandiera, attentato all'integrità territoriale ecc.)[612] casi che vengono qualificati, accanto alla pirateria, come *delicata juris gentium*[613].

È noto che questi casi vengono spiegati dalla dottrina avversa come fenomeni di soggettività nell'ambito del diritto statuale. E per parte nostra siamo pienamente d'accordo. Anche qui, peraltro, come nel caso della soggettività mediata e da trattato, la dottrina negativa lascia insoddisfatti specie dal punto di vista del problema più ampio in discussione.

Il rilievo che la sanzione del preteso illecito individuale internazionale viene a svolgersi nell'ambito del diritto interno d'un Stato[614] non è decisivo in quanto la dimostrazione che l'autore d'un *delictum juris gentium* sia punito sulla base di norme di diritto interno non prova che il fatto per cui l'individuo è punito non costituisca in un certo senso un illecito internazionale. Nulla impedirebbe infatti - a parte la considerazione che in certi casi la sanzione sembra risolversi interamente sul piano del diritto internazionale non meno di quanto si risolvano su questo piano le sanzioni contro Stati (come avverrebbe, secondo il Kelsen, nel caso della rottura di blocco)[615], - che il fatto venisse qualificato giuridicamente nello stesso modo nell'ambito del diritto internazionale e del diritto d'uno o più Stati nello stesso tempo[616]; e nulla escluderebbe che si tratti d'un caso di delegazione di funzioni dell'ordinamento internazionale all'ordinamento interno[617]. Le due tesi restano, sino a questo punto, a pari merito[618].

---

[610] KELSEN, *Op.* cit., p. 153 s.

[611] Discutiamo qui le ipotesi di pretesa soggettività individuale da diritto consuetudinario. Vi restano comprese dunque le violazioni delle leggi di guerra ma non i delitti contro la pace e l'umanità (QUADRI, *Dir. int. pubbl.* cit., p. 265-72 e SPERDUTI, *L'individuo* cit., p. 146 ss.), che rientrano nelle ipotesi di soggettività da trattato.

Affermano la soggettività degl'individui pei crimini di guerra in senso stretto il KELSEN, *Peace through Law*, Nuova York 1944, p. 77 s; LAUTERPACHT, *Op.* ult. cit., p. 10. Secondo il L. (*Op.* cit., p. 39 in nota), il Kelsen esprimerebbe un'opinione diversa nello scritto: *Will the* Judgement *in the Nuremberg Trial* ecc., nell'*International Law Quarterly*, I 1947, p. 160; ma si tratta d'un equivoco *(supra* nota 245 in fine).

[612] KELSEN, *Théorie* cit. p. 159 s. Su alcuni dei casi elencati nel testo, v., in senso affermativo della responsabilità internazionale degli individui: WESTLAKE. *Chapters on the Principles* ecc. cit. l. cit.; LAWRENCE, *Principles of Internat. Law* 3ª ediz. riv., 1908, § 55 (p. 83); OPPENHEIM's *Internat. Law* cit., I (LAUTERPACHT), p. 322 s. e n. 1, p. 323; GUGGENHEIM, *Lehrbuch* cit., p. 6.

[613] Sull'argomento in generale v. QUADRI, *La sudditanza* cit. p. 79-84.

[614] V., p. es., HEILBORN, *Les sources* cit., p. 8 s.; TRIEPEL, *Op.* cit.. p. 23-24 (nonostante il poco felice parallelo con l'obbligo di vaccinazione dei neonati facente capo ai genitori); ANZILOTTI, *L'azione indiv. contraria al dir. internaz.*, nella *Rivista di dir. internaz. e di legislaz. comp*., V (1902), p. 15; HOLD-FERNECK, *Lehrbuch* cit., p. 251 s.

[615] V. KELSEN, *Op.* cit., p. 153.

[616] Nel caso ricordato della rottura di blocco, il KELSEN sembra alludere (*Op.* l. cit.) alla confisca della nave e del carico come ad una sanzione diretta di diritto internazionale.

[617] Nei casi diversi dalla rottura di blocco l'illecito internazionale sussisterebbe, secondo il Kelsen, nonostante che la sanzione sia rimessa al diritto statale (V. spec. l'*Op.* cit., p. 152-153).

25. - A nostro parere la questione presenta due ordini di problemi diversi corrispondenti ai due modi in cui l'individuo può esser preso teoricamente in considerazione da norme internazionali. Un conto è che l'individuo o interessi o comportamenti d'individui vengano contemplati da norme internazionali dal punto di vista dell'attività che gli Stati debbano o possano esplicare nei loro confronti, in quanto gl'individui siano soggetti o assoggettabili alla potestà d'uno Stato, e un altro conto è che uno o più esseri umani in quanto tali vengano presi in considerazione in sè e per sè, indipendentemente dalla loro appartenenza ad uno Stato ed anzi proprio in quanto i loro comportamenti assumano in un certo senso rilevanza internazionale diretta. Il problema della soggettività internazionale degl'individui considerati dal secondo punto di vista è non solo teoricamente concepibile, almeno come fenomeno storico, ma non tocca minimamente la nozione dei gruppi soggetti in esame. Dal primo punto di vista, invece, la soluzione negativa è imposta da elementi analoghi (per quanto meno chiaramente individuabili) a quelli che escludono l'esistenza di fenomeni di soggettività mediata e da accordo.

Per cominciare dall'aspetto che ci tocca per il momento meno direttamente, nessun motivo d'ordine tecnico si oppone a che uno o più individui si trovino esenti, originariamente o per fatto sopravvenuto, da quella dipendenza che normalmente li assorbe entro un gruppo, e che in siffatta condizione essi si trovino altresì in possesso dei requisiti materiali che l'ordinamento internazionale normalmente richiede per il possesso della soggettività giuridica internazionale. La possibilità di fenomeni limite del genere è teoricamente illimitata e non è condizionata ad un mutamento radicale della società e dell'ordinamento. Vero è che su una scala piuttosto vasta ciò è accaduto forse solo ai primissimi albori dell'attuale assetto, ossia sul finire dell'epoca feudale[619], e anche per quell'epoca sarebbe azzardato parlare senz'altro di soggettività d'individui singoli. A meno di non raffigurarsi gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale corrispondenti agli Stati assoluti come coincidenti esattamente con i monarchi - il che, com'è avvertito, sarebbe poco conforme alla realtà delle cose[620] - il fenomeno Si è prodotto con sicurezza solo in linea del tutto secondaria rispetto alla soggettività dei gruppi, oppure in casi specialissimi, come quello del Pontefice romano[621]. Si tratta, in sostanza, del possesso effettivo, da parte di uno o più individui, del rango di «potentato» ossia di «pari» nei confronti di altri individui o comunità (eventualmente come residuo della qualità di

---

[618] V., p. es., SPIROPOULOS, *L'individu et le droit international*, Parigi, 1928, p 21, e l'*Op.* dallo stesso titolo nel *Recueil d. Cours* cit., 1929, V, p. 212 ss. (nonché *Théorie générale du dr. Internat.* cit., p. 8 ss., 192, 115 ss.), ed i rilievi critici del QUADRI, *La sudditanza* cit., p. 83, sulla posizione di scetticismo di questo autore.

[619] Ne costituiva forse un residuo la soggettività attribuita da alcuni autori del secolo scorso ai sovrani ed ai membri delle loro famiglie. (WHEATON, *Eléments du droit internat.*, trad. franc. dalla 3ª ediz., Lipsia, 1858, I, p. 30; von NEUMANN, *Eléments du droit des gens moderne européen*, trad. franc. dalla 3ª ediz., Parigi, 1886, p. 21, 53 ss.).

[620] QUADRI, *Dir. internaz. pubbl.*. cit., p. 322 pr.

[621] Al Papa la soggettività internazionale è stata attribuita fino ad epoca recente da numerosi autori francesi e tedeschi (v. per es. FAUCHILLE, *Traité de droit internat. public.*, I, lª parte, p. 727 ss.): del che si trova un riflesso nel frequente riferimento al Papa (per indicare la Santa Sede) da parte di autori contemporanei (v., p. es., REHM, *Op.* 1. cit. alla n. 275, HOLD-FERNECK, *Lehrbuch* cit., I, p. 238 ss.) .

«organo» supremo d'uno Stato assoluto) e della partecipazione dell'ente alla vita di relazione internazionale: caso limite rispetto alle figure dei comitati nazionali, dei governi in esilio e degl'insorti[622]. È nell'ambito di fenomeni del genere che andrebbe collocata, p. es., dato e non concesso che vi si potesse riconoscere un caso di soggettività internazionale, la pirateria[623]. Ed è in questo senso che può aver ragione il Westlake quando afferma[624] che sarebbe pedantesco negare la soggettività del pirata. In queste ipotesi, infatti, - quale che possa essere la loro frequenza -, l'individuo si presenterebbe, in sostanza, in condizioni non diverse d'indipendenza da quelle in cui si presenta uno Stato. Esso diverrebbe titolare, eventualmente, di quegli stessi tipi di situazioni di cui sono titolari gli Stati in quanto membri della società paritaria[625]. È evidente d'altra parte, che non si potrebbero certo invocare dei fenomeni di questa specie per dimostrare la tendenza del diritto internazionale verso l'umanità. L'estensione di queste figure al di fuori di alcuni casi limite segnerebbe piuttosto l'allargamento del sistema paritario fra gruppi a sistema paritario fra individui e la sostituzione dell'anarchia interindividuale all'anarchia interstatuale. L'invocazione di casi del genere da parte della dottrina affermativa (e soprattutto del «precedente»della soggettività dei sovrani assoluti) è del tutto fuori luogo nell'ambito di teorie «progressiste» del diritto internazionale.

Quando poi si considerino le situazioni alle quali generalmente si riferisce la dottrina affermativa, da un lato viene a mancare proprio quella condizione d'indipendenza che costituisce il presupposto delle figure eccezionalissime considerate - subentrando al suo posto una situazione di soggezione al potere di uno Stato - e dall'altro

---

[622] Un caso d'un certo interesse è la questione che sorse, dopo l'abdicazione di Giacomo II d'Inghilterra (o meglio dopo ch'era venuto a cessare il suo potere «effettivo»), sulla condizione dei *Privateers* da lui muniti di patenti per la guerra di corsa e caturati da Guglielmo III. La questionel risolta naturalmente in base al criterio che Giacomo, quali che fossero i privilegi concessigli dal sovrano che l'ospitava nell'esilio, non era ormai che un privato (e quindi «non soggetto») per il diritto internazionale, privo del potere di rilasciare «letters of marque and reprisals», chiarisce egregiamente la natura dei casi limite di cui si discute, nonché, come ora vedremo, il fenomeno del passaggio d'un ente dalla condizione di «potentato» a quella di suddito (eventualmente d'un altro Stato).

Sul caso v. PHILLIMORE, *Commentaries upon International Law*, 3ª ediz., I, 1879, p. 506-512, che riporta il parere dei giuristi convocati da Guglielmo prima di impiccare i *Privateers* di Giacomo come «pirati». Sia pure timidamente, uno dei «civilians» sentiti dal re avanzò la tesi che Giacomo potesse legittimamente rilasciare patenti in base al diritto internazionale (v. il passo che il Phillimore riporta a p. 510 ss. dal pamphlet: *An Essay concernine the Law of Nations and the Rights of Sovereigns*, by Matthew TYNDAL, edito, pare, a Londra nel 1734).

Un altro caso interessante (Maria di Scozia) nell'*Op*. cit., II, p. 161 s. (§§ 124-25).

[623] In questi termini, in sostanza, la questione della pirateria veniva posta dalla migliore dottrina meno recente, che si domandava, appunto, per i pirati come per gl'insorti, se essi costituissero una «*civita*» (GROZIO, *De jure belli ac pacis libri. tres* (ed. Carnegie), l. III, C. III, § II; BYNKERSHOEK, *Quaesfionum juris publici libri duo,* (stessa ediz.), l. I, C. XVII), o se un gruppo piratesco fosse uno Stato e se uno Stato potesse divenire pirata (v. spec. PHILLMORE, *Commentaries* cit., I, p. 84 e l'opinione di STOWELL nel caso *The Helena* ivi cit.; e GIDEL, *Le droit internat. public de la mer*, I, 1932, p. 327 ss.).

Per la teoria negativa della soggettività (che condividiamo) v. spec. ANZILOTTI, *L'azione indiv.* ecc. cit., spec. p. 32-34; e QUADRI, *Dir. internaz. publ.* cit., p. 260 s.

[624] *Chapters on the Principles*, l. cit.

[625] Osserva il REHM, *Untertanen als Subjekte völkerrechtlichen Pflichten* cit., p. 53: «Individuen, vom Papste abgesehen, sind nicht Mitglieder der Völkerrechtsgemeinschaft». Sullo stesso argomento - ma in via troppo esclusiva - fa leva il GIULIANO, *La comunità internaz. e il dir.* cit., p. 236 ss e già nelle *Considerazioni* cit., p. 188 ss.

non si trovano nemmeno in questi casi - come in quelli da accordo - gli estremi in presenza dei quali soltanto si potrebbe riconoscere nell'attività svolta dagli Stati la manifestazione d'un potere conferito dal diritto internazionale. In luogo dell'individuo che si pone accanto ai potentati troviamo l'individuo che d'un potentato subisce il potere non conferito dal diritto internazionale al potentato stesso e tanto meno a suoi organi internazionalmente determinati.

Non è il caso d'insistere sul difetto d'indipendenza come elemento negativo, perché solo quando venga a mancare questa condizione - condizione che è comunque strano si debba non richiedere nei singoli mentre la si richiede per gli enti collettivi[626] -, l'individuo potrebbe venire a subire una sanzione per un *delictum juris gentium*[627]. Quel che importa rilevare, invece. è che la giuridicità internazionale delle situazioni individuali che la dottrina affermativa invoca a proprio favore è esclusa sempre da quel difetto di legittimazione internazionale dello Stato nell'ambito del quale la situazione stessa verrebbe a trovare almeno il suo più completo svolgimento. In primo luogo - e questo vale per tutti i casi - la «parte» interna del fenomeno non si riallaccia direttamente al diritto internazionale nel senso in cui si riallacciano al diritto statuale (unitario o federale) le situazioni giuridiche individuali che trovano il loro svolgimento negli ordinamenti di p. g. minori. Anche qui - come per le norme da accordo - le dottrine in esame fanno invano affidamento sull'esistenza, in molti ordinamenti interni, di norme scritte o non scritte di adattamento più o meno automatico[628]. In secondo luogo, poi - ed anche a questo rilievo vanno soggette tutte le figure in questione ad eccezione, forse, della pirateria - difficilmente si potrebbe scorgere nelle situazioni in questione il riflesso di una funzione o del limite di una «funzione» internazionale dello Stato nell'ambito del quale il «delitto» internazionale sarebbe punito (o il diritto individuale troverebbe la sua tutela). Per la pirateria si potrebbe ancora discutere se l'ordinamento internazionale non investa d'una funzione repressiva almeno gli Stati nella loro unità storica (ferma restando sempre, quindi, l'obbiezione derivante dal difetto di legittimazione internazionale degli agenti interni). Quantunque sembri molto più probabile che l'ordinamento internazionale si limiti solo a togliere, a danno dei pirati, i divieti che normalmente pone a tutela della libertà dei mari e dei diritti di altri Stati[629], si potrebbe sostenere che ogni Stato sia tenuto a reprimere gli atti dei pirati che vengono a trovarsi a sua portata di mano. Ma è difficile credere, p. es., che la posizione del violatore del blocco o del privato colto in contrabbando di guerra costituisca l'esplicazione d'una funzione internazionale. Lo Stato

---

[626] È per il difetto d'indipendenza, infatti, che si esclude la soggettività internazionale delle comunità parziali comprese nello Stato.

[627] Al difetto d'indipendenza allude frequentemente la dottrina dualista dominante. Così ANZILOTTI, *Teoria generale della responsabilità dello Stato* cit., p. 82 s.; ROMANO, *Corso*, cit., p. 71-73; QUADRI, *La sudditanza* cit., p. 54-56.

[628] *Supra*, p. 278. Questo vale, p. es., sia per la norma della Costituzione americana che dichiara che «international law is part of the law of the land» (nella parte rilevante agli effetti in questione), sia per la norma della stessa costituzione che conferisce al governo federale il potere di punire gli atti di pirateria.

[629] ANZILOTTI, *L'azione individ. Contraria al dir. internaz.* cit., p. 29; HUDSON, *InternationalTribunals*, Washington, 1944, p. 181; QUADRI, *Dir. internaz. pubbl.* cit, p. 260-62.

che difende il blocco o reprime il contrabbando di guerra d'individui esercita un potere o una funzione dal punto di vista dell'ordinamento proprio, perché è in quell'ordinamento che si avverte l'esigenza che certi atti lesivi degl'interessi della comunità vengano perseguiti *attraverso determinate procedure o sistemi.* L'ordinamento internazionale si cura soltanto di conferire allo Stato il potere di dichiarare e reprimere il blocco o il contrabbando nei confronti di altri potentati, ponendo degli obblighi correlativi a carico dei secondi. Sul piano internazionale lo Stato agirebbe nei confronti degl'individui con gli stessi mezzi coercitivi con i quali agisce contro forze di Stati (violenza armata). Sarebbe d'altronde paradossale che l'ordinamento internazionale attribuisse una funzione repressiva allo Stato che tiene il blocco o è interessato ad impedire il contrabbando di guerra senza attribuire una funzione analoga allo Stato al quale gl'individui appartengono. E sarebbe altrettanto strano che attribuisse allo Stato leso una «funzione» punitiva contro i criminali di guerra o contro gli attentatori alla vita di Capi di Stato, quando non solo non attribuisce, a quanto pare, una funzione analoga allo Stato al quale il colpevole appartiene, ma non attribuisce esso stesso a tutti gli Stati la funzione punitiva degli attentati al Capo dello Stato commessi dai loro stessi sudditi. Se, insomma, il diritto internazionale si occupasse di reprimere e punire gli attentati ai Capi di Stato, perché mai dovrebbero essergli indifferenti gli attentati compiuti da individui contro il Capo del proprio Stato?[630].

26. - A parte queste considerazioni si deve soprattutto osservare, ai nostri fini specifici, che il numero e la qualità delle situazioni invocate è tale che solo ad un esame superficialissimo esse potrebbero apparire come manifestazioni di quel fenomeno di soggettività diretta d'individui che dovrebbe costituire il presupposto della soggettività indiretta e da accordo ed il segno in un certo senso più importante - sia per il carattere primario sia per l'antica origine delle norme internazionali invocate - di quella tendenza del diritto internazionale verso l'«umanità» di cui le altre due figure considerate dovrebbero costituire, come s'è spiegato, delle manifestazioni derivate.

I casi di soggettività diretta, a ben guardare, dovrebbero costituire nientemeno che

---

[630] I sostenitori della tesi criticata obbietteranno che l'evoluzione dell'ordinamento procede appunto in questa direzione e che la migliore riprova di questa tendenza è costituita dalla Convenzione sui diritti dell'Uomo promossa dalle Nazioni Unite. Rispondiamo che è proprio il difetto di un fenomeno di soggettività sul piano del diritto non scritto (specie nel senso che vedremo subito) che esclude quella legittimazione internazionale degli organi statuali stipulanti la Convenzione come «organes législatifs interétatiques» (nel senso spiegato dallo SCELLE, *Précis* cit., II, p. 329 ss.), in mancanza della quale l'accordo resta inidoneo a determinare effetti interindividuali. È semplicistico credere che quell'accordo, che una norma consuetudinaria puramente interstatuale (e rivolta agli Stati come entità storico-politiche) rende idoneo a porre norme *fra gli Stati,* possa realizzare la trasformazione della comunità interstatuale in comunità interindividuale.

Per tenerci nell'ambito penalistico «internazionale», è del resto largamente riconosciuto in dottrina che non costituiscono fenomeni di diritto penale internazionale le varie forme di collaborazione pattizia fra Stati per la repressione di .certe attività antisociali, quali l'interruzione di cavi sottomarini (Conv. del 1884), la falsificazione di valuta (Conv. 1929, l'uccisione di certi animali (Conv. 1937 sulla pesca delle balene). Come osserva lo HUDSON, *International Tribunals*, 1944, p 182; «Such treaties invariably leave punishment 'o be administered by States according to their own penal laws... and whatever their form they have only the effect of imposing on States obligations with respect to the contents and enforcement of their national laws. The.treaties do not directly apply to individuals, and their impact on individual conduct will depend upon each State's performance of its treaty obligations by the incorporation of the provisions into national law or otherwise». Osserva pure lo HUDSON (l. cit.) che questa interpretazione fu confermata all'atto della stipulazione delle Conv.. dell'Aja del 1899 e 1907 sulle leggi di guerra.

il parallelo della soggettività di cui i sudditi di uno Stato membro godono in quanto soggetti di base dell'ordinamento federale e costitutori e ragion d'essere dell'ente corporativo inferiore, al quale appartengono. Ma prima che in situazioni meramente riflesse tale soggettività si manifesta - procedendo a ritroso -, sia nell'esistenza di rapporti giuridici fra gl'individui e l'ente, sia nei rapporti di appartenenza (cittadinanza locale o federale), sia (e in primissimo luogo) nei rapporti privatistici fra gl'individui stessi. Lasciamo pure stare il fatto che la maggior parte delle situazioni in questione costituiscono invece *esclusivamente* il riflesso di situazioni giuridiche internazionali di *Stati:* la violazione del blocco presuppone lo stato di guerra e il blocco, il contrabbando di guerra presuppone lo stato di guerra, i crimini di guerra presuppongono anch'essi lo stato di guerra[631]. E lasciamo stare pure il fatto che in ogni caso la situazione coinvolge sempre, accanto all'individuo, uno o più Stati diversi da quello di appartenenza. L'essenziale è che nessuna delle figure invocate tocca quei rapporti fondamentali che costituiscono il segno del contenuto interindividuale degli ordinamenti statuali. I rapporti pregiudiziali sopra elencati (rispetto all'esistenza ed al funzionamento di un ente morale) sarebbero giuridicamente rilevanti per l'ordinamento internazionale solo attraverso gli ordinamenti statuali «derivati», rientrando così nel novero dei fenomeni di pretesa soggettività *indiretta.*

§ III. - *Il significato dei dati tecnici accertati e la prassi.*

27. - Le considerazioni svolte sarebbero sufficienti a dimostrare che sul piano tecnico giuridico non si può parlare di soggettività internazionale d'individui. Ciascuno dei tre fenomeni esaminati si presenta, in sè e nel rapporto con gli altri, come un «surrogato» della pretesa figura parallela di diritto interno. La soggettività indiretta, oltre ad essere il fenomeno normale anziché eccezionale, dovrebbe sussistere indipendentemente dai presupposti specifici costituiti dalla qualità giuridica di suddito e da una reale legittimazione dell'ente da parte dell'ordinamento superiore, e indipendentemente dal presupposto generico costituito dalla soggettività primaria. La soggettività da accordo dovrebbe poter sussistere per il solo fatto che l'accordo non soffre limiti oggettivi diretti posti da norme cogenti e indipendentemente sia dal presupposto positivo specifico costituito dalla legittimazione degli Stati stipulanti ad agire per i membri, sia dal presupposto generico costituito anche qui dalla soggettività primaria. La soggettività primaria, infine, si troverebbe realizzata in un piccolo numero di casi nonostante che gl'individui difettino dei requisiti ritenuti comunemente essenziali per il possesso della qualità di soggetto nell'ordinamento in questione e nonostante il fatto che le situazioni stesse non presentino né - al pari delle situazioni classificate nelle altre due categorie - le caratteristiche comunemente attribuite alle situazioni giuridiche soggettive internazionali, né i presupposti che anche in questo caso si riassumono nella legittimazione degli Stati. La sola costruzione possibile delle norme di diritto

[631] Il presupposto è anzi costituito, nella maggior parte dei casi, proprio da situazioni interstatuali tipiche dell'ordinamento paritario ed anarchico di potentati: proprio da quelle situazioni, per giunta, nelle quali l'individuo singolo si trova più a mal partito nei confronti dello Stato offeso. Considerazioni che inducono a riflettere sulla genuinità del valore «progressistico» che le dottrine affermative semplicisticamente attribuiscono ai fenomeni in questione.

internazionale che si occupano degl'individui è pertanto quella proposta dalla dottrina che considera gl'individui come «oggetti» delle norme stesse.

Sarebbe tuttavia ingenuo ritenere che gli argomenti addotti siano tali da appagare i sostenitori della tesi opposta. Secondo costoro, la dottrina negativa si fonda su di un concetto troppo stretto di soggettività ed oppone difficoltà d'ordine tecnico al riconoscimento d'un fenomeno dal quale dipende il progresso del genere umano[632]. Attaccata alle sue formule, essa non terrebbe conto delle infinite sfumature che il fenomeno della soggettività può assumere. Il carattere indiretto e affievolito della tutela d'interessi individuali fornita dalle norme internazionali sarebbe un grado ulteriore di sfumatura rispetto alla tutela d'interessi individuali fornita da certe norme di diritto pubblico interno e dalle norme di certe costituzioni unitarie o federali[633]. Similitudine implicitamente avvalorata dalle teorie secondo le quali le dichiarazioni costituzionali o addirittura tutte le norme costituzionali avrebbero per destinatari soltanto gli «organi» dello Stato[634].

Per quanto ci riguarda, siamo pienamente d'accordo, in linea di massima, sulle «sfumature». Ve ne sono nel diritto interno, ve ne sono probabilmente molte anche nel diritto internazionale e nulla vieta che ve ne siano proprio nella materia in discussione. Non c'è dubbio che quando il diritto interno, che tende fondamentalmente a regolare la vita di relazione fra individui, tutela un interesse individuale in modo indiretto e affievolito, si possa ben dire che ci troviamo di fronte a sfumature del diritto soggettivo. Né sarebbe dato ricorrere senz'altro, nel caso presente - com'è certamente dato fare per certi casi in qualunque ordinamento - al concetto di membro della comunità giuridica od alle attitudini naturali degli enti della cui soggettività si discute. Nel diritto interno si può senz'altro escludere, sulla base di questi concetti, che la tutela di cui si giovano animali e monumenti nazionali costituisca una sfumatura della soggettività giuridica - quantunque

---

[632] È questo un argomento diffusissimo tra i sostenitori della tesi affermativa. Si veda, da ultimo, LAUTERPACHT, *International Law and Human Rights* cit. Sez. I, Parte 1ª e *passim. Di* questo atteggiamento si trova un'eco nel .*Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission, Memorandum* del Segretario gen. delle NU alla Commissione per il dir. internaz., Doc. A/CN 4/1/Rev. 1, 1949, p. 19.

[633] Secondo il KELSEN, *La qarantie juridictionnelle de la Constitution, (La justice costitutionnelle), Revue de droit public*, 1928, p. 199 s., sarebbe questa una caratteristica di tutte le norme internazionali. La garanzia delle norme internazionali costituirebbe un problema di grado superiore rispetto a quello della garanzia delle norme costituzionali. Si tratterebbe d'una differenza di grado analoga a quella che sussiste fra lo stesso problema della giustizia costituzionale e quello della giustizia amministrativa.

Non mancano, nella dottrina italiana più recente, affermazioni analoghe. Lo SPERDUTI, p. es. (*L'individuo* ecc. cit., *passim*), insiste molto sulle «sfumature» di cui l'ordinamento internazionale sarebbe tanto ricco specie in tema di soggettività individuale, e richiama il concetto d'«interesse legittimo», che troverebbe appunto in alcuni dei fenomeni internazionalistici in discussione una delle sue applicazioni «più nette» (*Op.* cit., p. 99-101). E un illustre processualista (CALAMANDREI, *La illegittimità costituì. delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950, p. 82) stabilisce anche lui un parallelo tra il rapporto fra norme internazionali e norme interne da una parte e norme costituzionali e norme legislative dall'altra dal punto di vista delle situazioni che vengono a determinarsi in caso di conflitto fra norme superiori e inferiori.

[634] Così, in senso e sulla base di premesse molto diverse, lo stesso CALAMANDREI, *Op.* cit., p. 80-85, e VIRGA, *Origine, contenuto e valore delle dichiarazioni costituì.*, nella *Rassegna di dir. pubbl.*, III (1948), p. 243 ss. In senso contrario, spec. TESAURO, *La corte costituzionale* (Relazione parlamentare), nella stessa *Rassegna*, V (1950), p. 212 ss., spec. 214-17. Per altri riferimenti bibliografici v. il lavoro del Virga.

non manchino opinioni diverse[635] - perché è difficile concepire simili oggetti come membri della società o possibili autori di «comportamenti» sui quali il diritto agisca. Nel caso nostro non è possibile ricorrere ad argomenti del genere sia perché è difficile isolare la società internazionale degli Stati dall'«intercourse» internazionale fra individui, sia e soprattutto perché gl'individui sono notoriamente più suscettibili dell'azione normativa di quanto lo siano i gruppi[636]. Non solo è plausibile che gl'individui siano presi in considerazione dall'ordinamento internazionale, ma è anche molto plausibile che, qualora lo fossero, ciò avvenisse, in molti casi, proprio sotto forma di «sfumature». Se fosse proprio vero che il diritto internazionale è l'ordinamento imperfetto o virtuale dell'umanità, si tratterebbe d'un diritto supercostituzionale. Ed è appunto nei gradini più elevati dell'ordinamento - il diritto costituzionale e il diritto amministrativo - che si riscontrano. almeno apparentemente, le «sfumature» della soggettività giuridica.

Se tutto questo è vero, però, è anche vero che in materia di sfumature bisogna andar cauti non solo nel negarne ma anche nell'affermarne l'esistenza, perché se la sfumatura si percepisce difficilmente quando c'è, si può facilmente vederla anche là dove non esiste. Se ad ogni modo una questione di sfumatura si vuol fare bisogna domandarsi di che sfumature si tratti. E poiché la dottrina affermativa si riferisce alle sfumature di soggettività corrispondenti agl'interessi legittimi e ai diritti costituzionali non resta altra via che il confronto.

28. - Non abbiamo bisogno di precisazioni, come vedremo, in tema di «interessi legittimi». Quanto alle norme costituzionali c'è chi parla di una speciale loro destinazione in ogni caso. In quanto norme di organizzazione, si è detto, esse si occupano della struttura, delle funzioni, dei doveri, dei rapporti reciproci degli organi dello Stato. Gl'individui ne sarebbero i destinatari soltanto in linea .indiretta e secondaria[637]. Altri è pervenuto dubitativamente ad una conclusione analoga, ma per i soli diritti costituzionali, argomentando dal modo come l'articolo 136 della nostra costituzione regola il sindacato di legittimità costituzionale delle leggi[638].

---

[635] Il ROSS, forse, A *Text-book* cit., p. 96 in nota. Rilievi convincenti sul punto in KORKOUNOV *Cours de théorie générale du droit* cit., p. 218 223.

[636] *Supra*, p. 89-90 e riferimento *ivi.*

[637] VIRGA, *Scr*.. cit., p. 267 e riferimenti *ivi.*

[638] CALAMANDREI, *Op.* l. cit. In ordinamenti diversi dal nostro, il sindacato di legittimità è organizzato in tale maniera che la legge che viola la costituzione può essere invalidata dagli organi giurisdizionali a condizioni e con effetti tali che la prevalenza della norma superiore sulle norme inferiori è assicurata in maniera completa: nel senso, almeno. che il privato che abbia sollevato la questione di costituzionalità ed ottenuto soddisfazione, si avvantaggia della pronuncia del giudice rimanendo sottratto agli effetti della disposizione di cui sia stata dichiarata l'incostituzionalità. Benché la disposizione incostituzionale non venga abrogata, infatti, è pacifico, nel sistema americano, che il giudice che rileva l'incostituzionalità è tenuto a non applicare le disposizioni incostituzionali nel caso sottoposto al suo esame. La norma superiore è «più resistente». Secondo il sistema della nostra costituzione, invece, le leggi incostituzionali restano valide per il periodo anteriore alla pronuncia (e forse anche dopo la stessa pronuncia rispetto al caso che vi ha dato occasione). Ciò potrebbe voler dire, secondo il C., che la condizione dei cittadini non è retta, per quel periodo, dalle dichiarazioni costituzionali ma dal provvedimento legislativo. Il che significherebbe - si conclude - che la norma costituzionale vincola giuridicamente solo il legislatore. L'individuo se ne avvantaggerebbe solo *materialmente*, nel .senso che la determinazione della sua posizione nelle materie costituzionalmente rilevanti sarebbe influenzata dal *risultato* dell'azione normativa che la regola costituzionale esercita sul legislatore ma non dalla regola stessa direttamente.

Sia dal punto di vista della determinatezza dei *destinatari*, sia da quello della probabilità di realizzazione dei dispositivi che esprimono, le proposizioni normative di qualsiasi ordinamento statuale presentano una varietà infinita di gradazioni. Dal primo punto di vista, accanto a disposizioni che indicano direttamente gli enti stessi o i criteri per determinarli, si trova una gamma svariatissima di proposizioni a carattere più generale ed a destinatari determinabili solo attraverso l'applicazione dell'ipotesi normativa alle infinite realizzazioni della più o meno ampia serie di fatti ipotizzati dalla norma. Con ognuno dei gradi di determinatezza, poi, si trovano combinati i vari gradi di «efficienza» delle disposizioni medesime, determinati sia dallo stesso fattore sia da fattori diversi[639]. D'altra parte - e questo è il punto essenziale -, le infinite proposizioni che compongono l'ordinamento formano tutte insieme un *contesto*, ed operano ciascuna in combinazione con altre di grado uguale o inferiore[640].

Queste tre evidenti caratteristiche delle norme escludono che si possa discutere in termini assoluti della destinatarietà delle singole proposizioni. Una regola che, presa in sè e per sè, non ha apparentemente destinatari od ha per destinatari apparenti dei complessi d'individui presi, sempre apparentemente, nella loro totalità si rivela collegata, a un più attento esame della realtà, a cento e cento altre regole. Né è possibile discutere senz'altro dell'efficacia di una singola regola, perché una proposizione apparentemente priva di efficacia può non risultare tale quando la si legga nel contesto con le altre[641]. Tanto la destinatarietà che il valore di ogni proposizione potrà determinarsi solo in relazione alla materia sociale che quella stessa ed altre proposizioni collegate contemplano e sull'apporto normativo di ciascuna al risultato complessivo[642]. Ed è questo il caso, per l'appunto, delle norme costituzionali. La loro destinazione individuale non è smentita né dal fatto che esse hanno per oggetto l'organizzazione dei poteri supremi, né dall'idea molto discutibile che non possano contenere norme diverse[643], né dal fatto che le proposizioni costituzionali intese ad assicurare certi beni ideali o materiali

---

[639] *Infra*, nota 298.

[640] L'idea d'una serie di norme gerarchicamente ordinate e cospiranti a fini coordinati è dovuta specialmente alla *Stufenbautheorie*. Una efficace illustrazione di questa unità sistematica è in KELSEN, *La garantie juridictionelle* cit., p. 199.

[641] Se leggiamo il codice civile dall'articolo 1 e consideriamo questa proposizione in sè e per sè, saremo facilmente tentati di dire che questa non è una norma o non si rivolge agl'individui, in quanto essa non attribuisce nessuna situazione giuridica attiva o passiva agl'individui di cui considera la capacità giuridica (*supra*, p. 10 ss. in nota). Ma se la consideriamo nel contesto - e il contesto è costituito, per ogni ipotesi in cui funzioni, da tutte le altre proposizioni all'esistenza delle quali è legata l'esistenza dl una situazione giuridica- -, sarebbe troppo negare che l'art. 1 cod. civ. sia una norma o asserire che essa ha per destinatari solo i giudici. Essa concorre a determinare i vari «effetti» di un numero indefinito di altre proposizioni, ed al pari di quest'ultime si rivolge agl'individui che risentiranno di quegli effetti.

[642] Vi saranno proposizioni concorrenti a determinare questo risultato al cento per cento, e proposizioni che esercitano un peso minore; e non mancheranno proposizioni scritte di portata nulla: sovrabbondanze dei testi costituzionali, legislativi, regolamentari o contrattuali.

[643] VIRGA, *Scr.* cit., p. 267 s.

agl'individui non siano o siano solo limitatamente azionabili ed efficaci[644]. Si tratta solo di guardare più a fondo alla funzione che queste norme svolgono entro il sistema tenendo conto del nesso che le lega fra loro ed a tutte le altre.

Tanto per cominciare, la dottrina della destinazione non individuale delle norme di organizzazione è assolutamente insostenibile. Non mette conto di fermarsi ancora a rilevare la finzione che si cela dietro la distinzione fra organi individuali e collegiali e dietro l'idea collegata che l'ordinamento giuridico sia costituito, fra l'altro, di organizzazione «effettiva» e di «struttura». L'organizzazione effettiva e la struttura potranno aver determinato o determinare, a un certo punto, il modo di essere dell'ordinamento, ma non sono esse stesse l'ordinamento. L'ordinamento sono le norme. E le norme di organizzazione (in senso più o meno stretto) .sono quelle che conferiscono funzioni e competenze giuridiche a individui. Dire che la costituzione non crea situazioni individuali perché regola la formazione e il funzionamento degli «organi» è una contraddizione in termini. Dovrebb'essere evidente che per organizzare l'«organo» bisogna organizzare degl'individui: e, dato e non concesso che fossero spersonalizzati gl'individui che compongono gli organi individuali o collegiali, resterebbe il fatto essenziale che ogni potere conferito ad un organo trova il *suo pendant* inevitabile nella soggezione di un numero più o meno rilevante dei consociati. Quanto all'idea che la.costituzione ponga solo norme di organizzazione, se nulla esclude che una determinata costituzione in senso formale contenga solo norme di organizzazione, nulla esclude, per converso, che un'altra costituzione contenga norme su materie diverse: ed è molto probabile che ne contenga la costituzione in senso materiale[645]. Nulla esclude, soprattutto, che queste disposizioni siano ancora più «fondamentali» e perciò «costituzionali» di quelle che regolano la formazione, i poteri ed i rapporti degli organi supremi della società[646].

A maggior ragione non si può dubitare della destinazione individuale delle proposizioni costituzionali che tendono ad assicurare certi beni ai consociati[647], nonostante che l'attuazione più completa delle proposizioni stesse richieda un'attività legislativa o amministrativa, e nonostante che non sia sempre dato un «rimedio» contro l'azione non conforme degli «organi» competenti. A parte il fatto che lo stesso obbligo del «legislatore» fa capo a individui giuridicamente designati, il grado di «perfezione» della proposizione dal punto di vista della regolamentazione della materia di cui si tratta

---

[644] V. LAUTERPACHT, *International Law* ecc. cit., p. 27, e llosservazione della CORTE PERMANENTE DI GIUSTIZIA INTERNAZIONALE nel caso *Peter Pázmány University* (*Pubb. Corte,* Serie A-B, n. 61, p. 231), ricordata dallo stesso autore.

[645] V. KELSEN, *Scr. ult.* cit., p. 204 ss., spec. 206-208.

[646] Le norme sulla libertà di culto, di pensiero, di stampa e di associazione non sono meno importanti per l'organizzazione e il funzionamento degli «organi» supremi di quanto lo siano le disposizioni che li contemplano direttamente. Non v'influiscono meno le disposizioni della Costituzione della Repubblica italiana relative, p. es., alla proprietà (art. 42) e al lavoro (art. 35 ss.), se il regolamento di questa materia - ed è regolamento, p. es., la disposizione che sancisce l'intangibilità dell'istituto della proprietà privata, anche se non contiene le norme che ne fissano i modi d'acquisto ed i limiti - decide, ad un certo punto, se viviamo in regime liberista o socialista.

[647] Ci riferiamo in particolare ai «diritti di libertà» in senso lato (art. 13-15, 17-19, e 21 Cost. ital.).

e la misura della sua efficacia influiscono sull'attuazione e non sulla destinazione della norma. La determinazione degl'individui che godranno della tutela più o meno efficace che ne deriva sarà sempre fatta sulla base di proposizioni facenti parte dello stesso sistema. Per poco che contribuiscano a un risultato giuridico, insomma, le proposizioni in questione producono effetti giuridici individuali attraverso il sistema *giuridico* al quale sono collegate: collegate nel senso che le norme inferiori che contribuiscono a determinare l'effetto finale desumono la loro validità dallo stesso fatto giuridico o dallo stesso ambiente storico-sociale dal quale son poste le proposizioni costituzionali in questione[648].

La stessa cosa deve dirsi, a nostro avviso, di quelle disposizioni «programmatiche» di cui è tanto ricca la nostra costituzione[649]. In sè e per sè queste disposizioni non potrebbero sensatamente considerarsi come costitutive di situazioni individuali determinate quali i diritti soggettivi e i doveri o gli stessi interessi legittimi, e sembra certo ch'esse non siano azionabili. È d'altra parte innegabile che nei limiti in cui svolgono un'azione esse operano sempre nei confronti dei singoli, in quanto determinano la direzione delle attività degli individui che compongono gli organi legislativi,

---

[648] La destinazione individuale delle norme costituzionali resta ferma, nel nostro ordinamento, nonostante che la pronuncia d'incostituzionalità d'una legge non abbia effetto invalidante che ventiquattr'ore dopo la pronuncia stessa (e nonostante il fatto ch'essa non abbia effetto - dato e non concesso che sia esatta tale interpretazione - per il caso che dà occasione al ricorso).

A parte il fatto che la stessa tesi della destinazione al «legislatore» si risolverebbe per noi in una destinazione individuale (e in senso giuridico), così come si risolvono in situazioni individuali sia il potere conferito all'istituenda Corte di dichiarare l'illegittimità, sia il potere degli «organi» giurisdizionali di provocarne, su istanza di parte o d'ufficio, la pronuncia - a parte questo, dico, la destinazione individuale resterebbe comunque ferma da vari punti di vista. In primo luogo, vi è la possibilità d'azione del singolo interessato, che implica la destinazione individuale della norma anche nell'ipotesi, appunto per questo non sicura, che l'interessato non possa giovarsi degli effetti della pronuncia (v., per questo rilievo, MORTATI, *La Corte costituzionale e i presupposti per lo sua vitalità,* in *Jiustitia*, 1949, n. 8-9, p. 70; TESAURO, *Scr.* cit. più sopra, p. 217). In secondo luogo, il fatto che la norma costituzionale rimanga inoperante di fronte alla legge non conforme durante il periodo di efficacia di quest'ultima - periodo che potrebbe del resto protrarsi indefinitamente, allo stato attuale delle cose, dato che la Corte non è ancora costituita - non toccherebbe la destinatarietà individuale delle norme costituzionali ad essa contrarie. sia per il tempo anteriore all'atto legislativo illegittimo sia per il tempo posteriore alla pronuncia d'illegittimità. In terzo luogo - e questo vale anche per le dichiarazioni programmatiche - il fatto che la norma non sia tale da prevalere sulla legge non conforme eventualmente emanata non ne esclude una portata giuridica diffusa ad effetti individuali.

La deficienza deriva dalla circostanza che l'attuazione delle norme che occupano i gradini supremi dell'ordinamento è condizionata, più di quella d'ogni altro dispositivo, a poteri discrezionali inferiori allo stesso potere (costituente) dal quale le norme stesse sono emanate, ed è meno suscettibile di «enforcement» attraverso procedure e sistemi tassativamente e automaticamente operanti. Fenomeni noti, e che non escludono il carattere interindividuale dell'ordinamento e in particolare dei processi attraverso i quali si attua la garanzia materiale delle norme (responsabilità politica dei ministri, revoca dei mandati parlamentari ecc.).

Rileva il KELSEN, *La garantie juridictionelle* cit., pag. 200, che man mano che si procede dal basso verso l'alto, nella scala degli atti giuridici e delle fonti, diminuisce la concretezza delle norme ed aumenta la misura in cui gli atti giuridici introducono elementi nuovi nell'ordinamento: aumenta, cioè, come si diceva, la necessità che le proposizioni normative siano integrate da altre. Ed è naturale che in presenza di atti integrativi della portata d'una legge, della quale non si voglia ammettere per qualsiasi ragione il sindacato ordinario di legittimità, si cerchi di conciliare nel miglior modo possibile la garanzia di costituzionalità con l'esigenza della certezza dei rapporti e della tutela dei diritti quesiti.

[649] La maggior parte delle disposizioni dei titoli II e III della Parte I. Fanno eccezione il riconoscimento del diritto di proprietà in linea di principio (che sarebbe azionabile, evidentemente, contro limitazioni tali da importare l'abolizione totale dell'istituto o l'esclusione di categorie di cittadini dalla possibilità di usufruirne) e della libertà-diritto di sciopero e di organizzazione sindacale (art. 39, 40 Cost.) nonché altre disposizioni.

amministrativi e giudiziari e degl'individui che adiscano questi ultimi invocando i principi stessi: individui, tutti, giuridicamente qualificati da proposizioni esistenti nell'ambito dello stesso sistema e poste mediante procedimenti da esso determinati[650].

29.-.Se si prescinde dalle vaghissime figure di pretesa soggettività mediata, le svariatissime ipotesi in cui gl'individui vengono presi in considerazione da norme internazionali scritte o non scritte si raggruppano, *grosso modo,* nelle categorie seguenti.

a) L'ipotesi più semplice è quella d'interessi o comportamenti individuali contemplati da trattati che impongano obblighi la cui attuazione importi solo un'attività da esplicarsi all'interno stesso delle comunità statuali ed attraverso il funzionamento degli «organi» e sistemi ordinari di cui gli Stati stessi dispongano o potranno disporre per loro conto, indipendentemente dal trattato[651]. Un fenomeno parzialmente diverso si ha quando le norme internazionali che pongono l'obbligo positivo o negativo siano accompagnate da altre disposizioni che istituiscano organi o istanze con il compito di vigilare, in un modo o nell'altro, sull'adempimento dell'obbligo principale. Ma queste possono istituire due diverse forme di controllo e di garanzia dell'adempimento dell'obbligo principale. *b)* Innanzi tutto può darsi che il sistema di controllo sia congegnato in modo da porre agli Stati contraenti o ad alcuni di essi l'obbligo d'istituire o inserire a certi effetti dei sistemi speciali di garanzia nell'ambito dei loro stessi ordinamenti. È questo il caso, per esempio, dei tribunali misti in regime di capitolazioni e dei tribunali arbitrali misti istituiti da certi trattati di pace per il regolamento dei rapporti economici fra i sudditi delle parti contraenti[652] [653]. *c)* Può darsi, invece, che un trattato

---

[650] È molto probabile, p. es., che i principi direttivi in materia sociale e del lavoro determinino in parte (insieme con altre norme e fattori), l'atteggiamento tendenzialmente favorevole che la magistratura italiana tiene nei confronti dei prestatori d'opera agli effetti della decisione di certe controversie di lavoro. Il carattere generico e indeterminato dei principi stessi non esclude che questi operino, oltre che sui giudici, anche sui privati che se ne avvantaggiano o ne subiscono comunque le conseguenze.

[651] È il caso che si verifica sempre nelle norme consuetudinarie internazionali relative al trattamento dei sudditi stranieri nel territorio (o eventualmente dei cittadini). Ma lo stesso sistema si trova frequentemente usato anche nel diritto convenzionale. Esso troverebbe attuazione, per esempio, qualora la dichiarazione sui diritti dell'uomo fosse incorporata in una Convenzione che non istituisse alcun sistema od organo di controllo o garanzia.

[652] Per la tesi che i T.A.M. fossero. a certi effetti interindividuali, dei tribunali operanti nell'ambito di ordinamenti interni nonostante la loro composizione internazionale ed il fatto che funzionassero in adempimento di accordi, v. ANZILOTTI, *Corso* cit., p. 124 s.; CALAMANDREI, *Il T.A.M. italo-germanico* ecc. nella *Riv. dir. comm.* 1922, I, p. 293 ss., spec. 335; BALDONI, *Gli organi* ecc., cit., p. 381. Non così decisamente QUADRI, *Lo sudditanza* cit., p. 62 ss., spec. 65, ma spec. SPERDUTI, *L'individuo* cit., p. 65-71.

Per la distinzione tra le funzioni giurisdizionali--nterne ed arbitrali-internazionali dei T.A.M., v. BLUEHDORN, *Le fonctionnement et la jurispr. des tribunaux arbitraux mixtes,* ecc., nel *Recueil* cit., 1932, III, p. 144-46.

[653] Sarebbe stato questo il caso della progettata Corte internazionale delle prede (per le disposizioni concernenti le azioni individuali) se e nei limiti in cui il trattato istitutivo avesse importato l'obbligo degli Stati contraenti di provvedere (all'interno) le decisioni della Corte di effetto automatico su quelle delle Corti nazionali. Non sembra, peraltro, che dò fosse richiesto dalla Convenzione (HUDSON, *La Cour Permanente de Justice internationale* (ediz. francese), Parigi, 1936, p. 85). Esprime dei dubbi al riguardo il CAVAGLIERI, *La natura giur. della Corte internaz. delle prede*, nella *Rivista di dir. internaz.*; 1913, spec p. 319: dubbi avvalorati dalle preoccupazioni manifestate dopo la conclusione della Convenzione da alcune cancellerie (specialmente dagli Stati Uniti) in merito ai «poteri» della Corte (HUDSON, *Op.* cit., p. 87).

Nella figura in questione rientra invece probabilmente il caso dei Tribunali di Berlino (Norimberga) e Tokyo, istituiti rispettivamente dall'accordo quadripartito di Londra dell'8 agosto 1945 e dal proclama Mac Arthur del 19 gennaio 1946 per il giudizio e la punizione dei delitti contro la pace e l'umanità, se e nei limiti in cui i giudizi

concernente individui istituisca sistemi di controllo e garanzia da attuarsi mediante la costituzione e il funzionamento di meccanismi che non vadano inseriti in alcun sistema giuridico statuale: la cui attività, cioè, non debba determinare, ai sensi delle norme internazionali in questione, alcun effetto giuridico automatico all'interno degli ordinamenti statuali, pur dovendo servire, d'altra parte, a facilitare l'osservanza degli obblighi internazionali relativi a individui[654]. *d)* Un'altra figura è quella che trova realizzazione quando due o più Stati costituiscano, in adempimento di un accordo, un gruppo più o meno numeroso d'individui in «organo» o «istituzione» internazionale da utilizzarsi o nei rapporti fra gli Stati stessi oppure nei rapporti fra individui o fra individui e Stati di cui all'ipotesi precedente. Quale che sia la «funzione» che svolgono, la composizione interindividuale di questi enti e la disciplina della loro vita interna mediante regolamenti danno vita a situazioni e rapporti fra individui e attinenti sia al funzionamento dei collegi e dei segretariati, sia al rapporto d'impiego dei funzionari ed ai rapporti gerarchici interni[655]. Situazioni e rapporti che possono anche trovarsi collegati, in un modo o nell'altro, a situazioni di diritto statuale (nell'ipotesi, p. es., che l'atto costitutivo o un accordo successivo preveda l'esercizio da parte degli Stati d'una qualche funzione alla quale le norme del regolamento stesso non provvedano).È il caso della giurisdizione esercitata dallo Stato dove un organo internazionale abbia la sede sulla base d'un diritto-obbligo internazionale - sulle controversie relative ai rapporti d'impiego presso l'ente[656] e della giurisdizione d'appello esercitata da certi tribunali nazionali sulle

---

pronunciati da questi tribunali abbiano prodotto effetti giuridici automatici nell'ambito dell'ordinamento della Germania occupata, ossia nell'ambito degli ordinamenti degli Stati contraenti nella loro «estensione» alla Germania (cfr. SPERDUTI, *Op.* cit., p. 183-187).

[654] È questo il caso, p. es., della Corte di giustizia centro-americana (Trattato del 20 dicembre 1907 fra cinque Repubbliche dell'America centrale), che prevedeva la possibilità di ricorsi arbitrali d'individui contro uno qualsiasi degli Stati contraenti (art. 3) e il giudizio da parte della Corte su controversie fra cittadini di uno degli Stati contraenti ed uno di questi Stati (art. 2), senza costituire però alcun obbligo di attuazione automatica delle decisioni della Corte nel diritto interno dei singoli Stati contraenti (art. XV della Convenzione istitutiva). V., per tutti, HUDSON, *La Cour Permanente* cit., p. 53.

Sarebbe stato questo il caso anche per la Corte internazionale delle prede (artt. 4 e 5), nell'ipotesi che non si fosse dovuta accogliere l'interpretazione sopra ricordata (nota prec.), nonché il caso della Corte di giustizia penale internazionale. Le «sentenze» di quest'ultima, infatti, sarebbero state eseguite dagli Stati designati di volta in volta, previa accettazione, dalla Corte internazionale (HUDSON, *International Tribunals* cit., p. 185): sistema seguito già per l'esecuzione delle decisioni di tribunali costituiti in attuazioni di accordi per la repressione della tratta degli schiavi (HUDSON, *Op.* cit., p. 183).

Nella stessa .ipotesi rientrano inoltre i sistemi di «petizione» istituiti da certi trattati per la protezione delle minoranze ed ora dalla disposizione dell'articolo 87 dello Statuto delle Nazioni Unite in connessione con i controlli sull'amministrazione dei territori sotto «tutela». E vi rientrerebbero, probabilmente, i sistemi proposti ma non accettati per le garanzie di attuazione della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (SPERDUTI, *Op.* cit., p. 60) e quelli previsti dal progetto di Corte europea di Giustizia e di una Commissione europea dei diritti dell'Uomo allo studio presso il Consiglio d'Europa (LAUTERPACHT, *International Law and Human Rights* cit., p. 435 ss.).

[655] È questo il caso dei regolamenti interni degli organi internazionali in genere (quali che siano la loro funzione e natura) e dei regolamenti concernenti il personale dei segretariati del tipo di quelli della Società delle Nazioni (BORSI, *Il rapport d'impiego nella SdN*, nella *Rivista* cit, 1923, p 268 ss; GRUNEBAUM-BALLIN, *De l'utilité d'une juridiction speciale pour le réglement des litiges intéressant les services de la SdN* nella *Rev. de dr. int. et de lég. comp.*, 1921, p. 67 ss.; BASDEVANT, Suzanne, *Les Fonctionnaires internationaux*, Parigi, 1931, p 158 s.. 256 ss, 273 ss., *passim*), e di quelli delle Nazioni Unite e degl'Istituti specializzati.

[656] Per una ipotesi del genere, v. MORELLI, *L'Istituto internaz. d'Agricoltura* ecc. cit., col. 1428, testo e nota 16.

«contravvenzioni» pronunciate dai «tribunali» istituiti dalla Commissione centrale del Reno[657].

Nella prima figura, vi sono da un lato l'obbligo dello Stato di assicurare un certo trattamento a individui e dall'altro la mera attuazione materiale delle situazioni individuali corrispondenti oppure situazioni giuridiche vere e proprie degl'individui create da norme emanate dallo Stato. Nella seconda *(b)*[658]. Vi sarà un fenomeno del tutto analogo, salva la complicazione della situazione internazionalistica per effetto degli obblighi attinenti alla costituzione ed al funzionamento del sistema speciale che l'accordo vuole attuato nell'ordinamento di uno o più degli Stati contraenti e le parallele complicazioni del fenomeno giuridico interno. Nel primo come nel secondo caso, dunque, entrano in gioco da un lato la norma di diritto internazionale e dall'altro uno o più ordinamenti statuali. Nella terza figura *(c)*, dal lato internazionalistico troviamo presso che esclusivamente l'obbligo strumentale degli Stati di concorrere alla costituzione e al funzionamento del meccanismo nei modi e nella misura nella quale sono obbligati a farlo in base all'accordo[659] Dall'altro lato troviamo il sistema di norme regolamentari interne dell'organo che prevedono la potestà dell'individuo di presentare e far valere le sue ragioni nei modi previsti e di ottenere una pronuncia[660]. Da un lato, quindi, certe obbligazioni degli Stati e dall'altro una situazione processuale dell'individui nell'ambito del regolamento dell'organo[661]. Nella quarta ipotesi, infine, abbiamo da una parte obblighi internazionali attinenti alla costituzione e al funzionamento del meccanismo, e dall'altra situazioni individuali nell'ambito dell'ordinamento del meccanismo stesso. Figure che possono trovarsi combinate, a loro volta con una o più delle figure precedenti.

Senza stare a dilungarci sulle varie ipotesi e relative combinazioni, il problema si riduce a tre figure: α) situazioni internazionali + situazioni nell'ambito di diritto statuale (sostanziali o processuali); β) situazioni internazionali + situazioni nell'ambito di organi internazionalmente costituiti ed operanti al di fuori di qualsiasi ordinamento statuale; γ) situazioni internazionali + situazioni sostanziali o processuali di diritto statuale

---

[657] HUDSON, *International Tribunals* cit.. p. 183.

[658] Tribunali arbitrali misti e figure similari.

[659] Diciamo quasi esclusivamente, perché potrà esservi, in aggiunta, l'obbligo degli Stati di astenersi dal turbare o di agevolare l'individuo nella presentazione del reclamo.

[660] Si pensi al raso. p. es., della Corte di giustizia centro-americana o del ricorso d'un individuo ad una eventuale Commissione delle Nazioni Unite contro la violazione d'un diritto sancito dalla nota Dichiarazione.

[661] Nell'ipotesi probabile che questa figura si trovi combinata con un obbligo internazionale convenzionale dello Stato relativo al trattamento d'individui - come poteva essere il caso nel sistema della Corte ora ricordata e come sarebbe il caso nell'eventuale sistema di garanzie d'una Convenzione internazionale sui diritti dell'Uomo che prevedesse il ricorso ad un organo delle Nazioni Unite -, si avrebbe una combinazione degli obblighi meramente strumentali (costituzione e funzionamento del meccanismo e obblighi secondari) con obblighi sostanziali del tipo delle ipotesi precedenti. Sicché avremmo obblighi sostanziali e strumentali degli Stati sul piano del diritto internazionale e due eventuali ordini di situazioni giuridiche individuali, rispettivamente nell'ambito del diritto statuale e dell'ordinamento dell'«organo internazionale».

combinate in varia guisa con situazioni nell'ambito di organi internazionalmente costituiti.

30. - α) Per cominciare dalla prima possibilità, se le norme internazionali fossero quello che i monisti ritengono, la loro esistenza determinerebbe *ipso facto* una serie di spinte giuridiche su individui. Automaticamente, esse determinerebbero l'esistenza delle situazioni giuridiche corrispondenti agli obblighi che l'accordo stesso pone in ordine al trattamento d'individui e di tutti i doveri e poteri corrispondenti di altri individui e in particolare degli agenti dall'attività dei quali dipende l'attuazione delle situazioni che si vogliono garantite. Nella seconda delle ipotesi considerate *(b)*, ciò implicherebbe l'effetto altrettanto automatico della legittimazione degli agenti ai quali venga affidata, entro uno o più ordinamenti statuali, la tutela della situazione individuale in questione[662].

Ma se si parte dalla costatazione dell'assenza di una norma internazionale che legittimi lo Stato e non si ammette. in pari tempo, l'esistenza d'una norma consuetudinaria *ad hoc* sostanzialmente equivalente che renda i trattati idonei a determinare diritti ed obblighi individuali, i due ordini di situazioni eventualmente concorrenti si presentano come fenomeni giuridici *discontinui*. Da un lato vi sono fenomeni di obbligazione reciproca fra gli Stati assunti nella loro unità storico-politica (anziché nei loro elementi componenti) e dall'altro, senza rapporto di continuità giuridica con i primi, stanno i fenomeni giuridici interindividuali[663]. Le situazioni che vengono a determinarsi fra le due o più unità storiche in questione sono fine a sè stesso salvo che l'una rispetto all'altra. La risoluzione giuridica di ciascuna in situazioni giuridiche collegate avrà luogo non gia sul piano comune sul quale sono sorte né in base a norme collegate alla regola dalla quale deriva il loro valore giuridico *(pacta sunt servanda)* ma distintamente, nell'ambito di sistemi di norme non derivati da quella stessa regola ed operanti ciascuno per proprio conto entro la comunità interindividuale corrispondente[664]. Anziché una serie complessa di atti e determinazioni sulle quali l'ordinamento interno agisce simultaneamente e distintamente (come nel caso delle norme costituzionali interne), troviamo una sola determinazione complessa sulla quale l'ordinamento agisce con la norma consuetudinaria o pattizia di cui si tratta. Determinazione, sulle componenti della quale l'ordinamento stesso non opera. Non è il caso, si badi bene, che i monisti ci dicano che la norma che sancisce, p. es., un certo «diritto umano internazionale» pone automaticamente un dovere agli organi-legislativi, giudiziari o amministrativi dello Stato contraente. In tanto ciò potrebbe verificarsi, in quanto la norma in questione o norme ad essa collegate determinassero gl'individui preposti ai vari uffici o almeno gli «organi»

---

[662] Sarebbe automatica, in particolare, la legittimazione degli agenti di ciascuno Stato ai quali spetta di designare gl'individui componenti gli «organi» interni istituiti.

[663] In tutte le ipotesi la norma internazionale non apparirà posta né da processi «spontanei» svoltisi nell'ambito della comunità interindividuale umana totale né da determinati individui nell'esplicazione d'un potere o d'un mandato che ponga gl'individui stessi in veste di rappresentanti delle comunità giuridiche rispettive. Avremo soltanto dei processi di formazione giuridica spontanea svolgentisi tra unità storicamente date oppure atti bilaterali o plurilaterali di queste unità l'una rispetto all'altra: unita investite, sì, d'un potere d'accordo dalla norma *pacta sunt servanda*, ma non legittimate nei confronti dei sudditi rispettivi e tanto meno della totalità dei sudditi dei due o più Stati contraenti.

[664] V. il caso *Rustomjee* v, *The Queen* cit. *infra*, nota 330 e prec.

competenti. Il sistema in esame, invece, non solo non determina la composizione dell'organo - come si è visto essere il caso del sistema giuridico interno - ma non designa nemmeno l'organo[665]. La differenza fra norme costituzionali e norme internazionali non è dunque soltanto di grado[666].

La questione non sta, dunque - come molti fra gli stessi dualisti sembrano credere - , nel grado di specificazione della norma che sancisce il c. d. diritto dell'individuo e nemmeno nel grado di perfezione delle garanzie predisposte[667]. Quanto più saranno «perfette» le norme e i mezzi di garanzia apprestati, tanto più facile sarà che gli Stati adempiano all'obbligo assunto. Ma fino a prova contraria, la questione di perfezione delle garanzie si può fare nei rapporti fra gli Stati stessi come unità storiche, non per le situazioni individuali. Agli effetti dell'esistenza di diritti individuali si potrà discutere del grado di specificazione delle norme e dell'idoneità dei mezzi di garanzia solo *dopo* aver dimostrato che il diritto internazionale arriva a determinare con le sue norme - sia pure indirettamente - i comportamenti individuali interni rilevanti per l'esistenza della pretesa situazione individuale ch'esso sancirebbe[668]. Se per certe situazioni di diritto statuale fievolmente tutelate si può sostenere che si tratta ugualmente di situazioni giuridiche d'individui, è perché la specificazione o l'apprestamento dei mezzi di tutela diretta

---

[665] Certo non giova alle dottrine moniste il rilievo del Kelsen che l'inettitudine delle norme internazionali a trovare attuazione concreta si può paragonare ai casi di limiti costituzionali alla legislazione o all'amministrazione contro i quali non sia data azione agl'interessati. Secondo il Kelsen, i due fenomeni sarebbero analoghi perché alla riduzione della tutela al solo principio della responsabilità ministeriale nel primo caso corrisponderebbe nel secondo la riduzione della tutela all'eventuale azione bellica di un altro Stato contro quello che non si conforma alla norma internazionale. Ma non è chi non veda la profonda diversità delle due situazioni nei casi in cui la norma internazionale dovrebbe tutelare interessi individuali. È ben difficile immaginare che uno Stato faccia la guerra per ottenere il rispetto, p es., d'un «diritto umano internazionalmente protetto» d'un suddito dello stesso Stato inadempiente.

[666] Il KELSEN stesso *(Scr.* ult. cit.) contraddice in modo evidente la collocazione delle norme internazionali in testa alle norme costituzionali interne. Discutendo della evidente inclusione dei trattati internazionali (per noi le «lggi che vi danno esecuzione» fra gli atti soggetti a controllo di costituzionalità, egli si lascia andare ad affermare (p 211) che «Les traités internationaux doivent étre considéres comme soutenant avec la Constitution le même rapport exactement que les lois». Ammissione inequivocabile e con la quale non si concilia - come invece il K ritiene (l. cit., seguito) il fatto che il trattato avrebbe *d'altra parte* una supremazia sulla costituzione e la legge, tale da escludere che l'una o l'altra possa invalidarlo.

L'idea del Kelsen che la supremazia del trattato sulla costituzione e la legge sussista in una direzione e ad effetti distinti da quelli interni costituisce una concessione indubbia alla teoria dualista, perché implica la distinzione fra il trattato in quanto legge interna di esecuzione ed il trattato come atto normativo interstatuale.

[667] Sulle garanzie fa leva da ultimo lo SPERDUTI, *L'individuo* cit., p. 39 (*infra,* nota 374, p. 31).

[668] Quel che c'è di vero nella riduzione del problema a quello delle garanzie e che l'attuazione di queste su scala più o meno vasta *può* esser l'effetto (ed un fattore) dell'integrazione delle società interindividuali separate (sovrane) in società interindividuali più ampie, fino alla *civitas maxima. Ma* questa integrazione non sarebbe tanto l'effetto delle norme di diritto internazionale istitutive dei controlli quanto, fra l'altro, della fusione fra le società determinata dall'istituzione e dal funzionamento dei mezzi di controllo *entro le singole comunità* e in base a norme *interne.*

Non diremmo, quindi, che la mera circostanza che in un determinato caso (Dichiarazione dei diritti dell'Uomo) gli Stati accettino il controllo d'«istituti internazionali» - foss'anche il più efficace e diretto - giustifichi che si parli di soggettività internazionale d'individui. Né la circostanza che in una determinata epoca si *tenda* sviluppare i sistemi di garanzia (non sempre con successo) denota senz'altro l'esistenza d'un processo evolutivo della comunità internazionale «verso l'umanità». I fenomeni del genere - e basta pensare a quello dei tribunali misti - possono essere determinati da fattori ben diversi dalle tendenze progressiste o «umanitarie». Per i T.A.M. v. la giusta riserva dello HUDSON, *International Tribunals* cit., p. 202-203.

necessari non altro richiede che la loro più esatta determinazione e la loro inserzione, per opera della stessa norma, entro quel complesso sistema di norme interindividuali che è l'ordinamento statuale. Modificata in questo duplice senso la norma, entrano automaticamente in gioco poteri, doveri e funzioni individuali. Nel caso della norma internazionale attributiva del preteso diritto all'individuo manca invece proprio questo sistema di norme interindividuali. Manca anzi la condizione primordiale dell'esistenza d'un sistema del genere[669]. Ai monisti più o meno coerenti che mostrano spesso cosi scarso spirito di tolleranza nei confronti delle «technicalities» della scuola italiana, bisogna dunque dire che non di «technicalities» si tratta, ma di una di queste due alternative. o loro partono dal presupposto falso che esista quella condizione, nel qual caso sono fuori dalla realtà nella determinazione dei dati del problema internazionalistico[670], oppure non intendono la necessità di questo presupposto - e non ci risulta, p. es., che la intenda il Lauterpacht nella sua opera recente - ed allora son fuori strada sul terreno generale. Essi credono che nel diritto interno il conferimento d'un diritto a individui da parte della costituzione consista puramente e semplicemente (garanzia a parte) in una proposizione che sancisce un obbligo o un dovere d'un ente «Stato» organicisticamente inteso[671].

β) Quello che vale per le situazioni individuali che dovrebbero trovare il loro complemento nel diritto degli Stati, vale *a fortori* per le situazioni che si ricollegano agli ordinamenti dei meccanismi d'unione. La costituzione ed il funzionamento di questi meccanismi sono condizionati alla designazione di certi individui ed all'attività degl'individui medesimi. Ma tanto la designazione degl'individui che la sollecitazione degl'individui stessi a svolgere l'attività che loro compete secondo l'ordinamento interno dell'ente non sono funzioni che l'atto costitutivo affidi a individui determinati dall'ordinamento internazionale attraverso l'accordo stesso o norme diverse. Vi sono, si, norme internazionali e statuali sulle nomine[672]. Ma per l'ordinamento internazionale la presenza di ciascun individuo in seno al meccanismo costituisce un fatto storico che l'accordo costitutivo ha concorso a determinare influendo sull'attività degli *Stati* e non il risultato dell'azione di norme giuridiche su individui[673]. Anche qui, insomma, la

---

[669] Ciò è tanto vero, che quando si è voluto (o potuto) ottenere una garanzia sicura, si sono obbligati gli Stati (vinti) ad inserire l'istanza internazionale di garanzia entro il sistema giuridico interno (Tribunali Arbitrali Misti). Ma questo prova appunto che il diritto internazionale non è quello che *determina il* fenomeno in *senso giuridico.*

[670] Quando il LAUTERPACHT afferma (*Op*. cit., p. 4) che non c'è nulla nella struttura del diritto internazionale che impedisca il raggiungimento del risultato della soggettività degl'individui, dice cosa giustissima nel senso che nessuna «norma» vieta all'ordinamento internazionale di cedere il posto a un ordinamento federale nel quale gl'individui sarebbero soggetti. Gli ordinamenti federali però, non si fanno mantenendo la sovranità degli Stati. Ed è la sovranità degli Stati che non può essere abolita per accordo fra .Stati sovrani. In senso sostanzialmente analogo al Lauterpacht, v. SPERDUTI, *L'individuo* ecc. cit., spec. p. 103. In senso contrario ZICCARDI, *La costituzione* cit., p. 344 ss., nonché (a parte la tendenza antinormativistica che non accettiamo) GIULIANO, *La comunità* cit., p. 231 ss.

[671] Il primo rilievo vale evidentemente per tutti gli scrittori monisti. Il secondo forse per lo SPERDUTI (*infra*, nota 324 e testo *ivi*).

[672] V., sul punto, ANZIROTTI, *Corso* cit., p. 260 ss., e BASDEVANT, Suz., *Op.* cit., p. 109 ss.

[673] La situazione può sembrare ma non è diversa a seconda che l'ordinamento dell'ente «internazionale» sia «adottato» in seno all'ente dopo la materiale costituzione dei suoi organi oppure si trovi materialmente inserito

discontinuità fra i due ordini di situazioni esclude che si possa parlare di poteri e funzioni internazionali d'individui.

γ) Chiarita la frattura fra situazioni di diritto internazionale e di diritto statuale da una parte e fra situazioni internazionali e situazioni entro l'ente internazionale dall'altra, è evidente che la frattura sussiste a maggior ragione nei casi in cui la situazione statuale internazionalmente rilevante si trovi collegata con una situazione nell'ambito d'un ente internazionalmente costituito. sia che la seconda sia posta in essere a garanzia della prima (o di quel trattamento materiale che all'individuo si vuole riservato)[674], sia che, viceversa, la prima sia costituita in funzione della seconda[675]. Alla frattura fra situazioni internazionali e situazioni interne si aggiunge, dunque, *a fortiori,* una frattura fra situazione statuale e situazione nell'ambito dell'ente «internazionale». Ed è evidente, allora, che non si può parlare della prima possibilità testè ricordata come di una delle applicazioni «più nette» della figura dell'«interesse legittimo»[676].

Secondo questa dottrina, in sostanza - se bene la intendiamo - si produrrebbe in questi casi una situazione «triangolare» per cui l'individuo sarebbe legittimato ad agire presso l'organo internazionale per sentir dichiarare l'inadempienza dell'obbligo da parte dello Stato: dichiarazione che tutelerebbe indirettamente, al pari della dichiarazione del tribunale amministrativo sulla violazione dell'obbligo dello «Stato» di compiere gli atti amministrativi in un certo modo, l'interesse dell'individuo avente per oggetto il bene tutelato dalla norma internazionale. Tanto nel caso dell'interesse legittimo interno che nel caso nostro avremmo tre entità. individuo attore, Stato obbligato ed organo giudicante. E in entrambi i casi l'azione dell'organo a tutela dell'interesse «obbiettivo» all'osservanza dell'obbligo da parte delle Stato tutelerebbe l'interesse dell'individuo. A ben guardare,

---

nell'«atto costitutivo» ed automaticamente imposto all'ente.

Nella prima ipotesi, che si trova realizzata nella maggior parte dei meccanismi permanenti delle unioni di Stati, la soluzione di continuità fra il regolamento dell'organismo e l'ordinamento internazionale (ossia le norme che stabiliscono gli obblighi reciproci degli Stati in ordine alla costituzione ed al funzionamento dell'unione ed all'atteggiamento ch'essi son tenuti a tenere di fronte alle determinazioni del meccanismo stesso) costituisce una conseguenza ovvia del fatto che gl'individui che compongono i collegi nell'ambito dei quali il regolamento viene determinato non sono titolari di doveri, funzioni o poteri internazionali nel senso che s'e visto. L'atto con il quale ciascun individuo e quindi lo stesso collegio approva un regolamento (e gli atti successivi di applicazione del regolamento stesso) non sono quindi giuridicamente rilevanti come atti di soggetti per l'ordinamento internazionale.

Nella seconda ipotesi, che si trova realizzata nell'arbitrato isolato (ANZILOTTI, *Corso* cit., III, p. 96 s.; MORELLI, *La sentenza internaz.* cit., p. 83 ss.), l'inserzione del regolamento nell'accordo costitutivo può apparire a prima vista come l'emanazione diretta d'un sistema di norme interindividuali da parte degli Stati contraenti per la materiale contestualità delle norme che gli Stati pongono nei loro rapporti reciproci e le norme che regolano il funzionamento del collegio costituendo. Ma l'apparenza viene meno non appena si consideri la soluzione di continuità giuridica fra le norme interstatuali relative alla designazione degl'individua a far parte del collegio e le norme statuali in base alle quali le nomine hanno luogo. Anche in questo caso gl'individui membri del collegio si troveranno giuridicamente vincolati da norme alle quali sono assoggettati solo per il fatto che *storicamente si* trovano designati a far parte del collegio in base a determinazioni storicamente prodottesi nell'ambito delle comunità politiche alle quali appartengono.

[674] V. il num. prec., lettera *c*) e nota 304.

[675] Num. prec. lettera *d*) (p. 301 pr.).

[676] V. i riferimenti *supra* nota 283. Alludiamo all'ipotesi di un ente «internazionale» che funzioni a garanzia di pretese situazioni individuali che gli Stati siano internazionalmente tenuti ad assicurare.

però, il parallelismo è solo illusorio e la realtà differisce dall'apparenza in maniera enorme.

Non c'interessa - dato ma non concesso del tutto che non importi - che l'atto col quale l'organo internazionale eventualmente si pronunciasse a favore dell'«attore» non sortirebbe nessun effetto automatico a tutela dell'interesse individuale. Negli stessi ordinamenti interni le situazioni giuridiche individuali non si esauriscono senz'altro né nella figura del diritto soggettivo né in quelle dell'interesse legittimo e dell'interesse protetto. Quel che invece importa - sul piano strettamente *normativo* sul quale ci siamo tenuti - è che dietro il preteso rapporto triangolare in questione mancano una serie di elementi *normativi*, la cui assenza è decisiva per l'esclusione del parallelismo. In sintesi, manca la contestualità giuridico-formale fra la norma che contempla la situazione triangolare e le innumerevoli norme che nella pretesa figura parallela di diritto interno la integrano. Mancano precisamente *tutte* queste norme, e la loro assenza esclude che si possa considerare come *giuridicamente* triangolare la situazione contemplata dalla norma internazionale data. Manca un rapporto sistematico fra le norme interne che tutelano o dovrebbero tutelare il bene in questione nello Stato A in attuazione della norma internazionale e le norme che istituiscono l'organo e ne determinano i componenti. Manca lo stesso rapporto fra questi due gruppi di norme e quelle che qualificano l'individuo leso nell'ambito dell'ordinamento dello Stato B. E la norma internazionale non è collegata non dico alle norme che tutelano la situazione individuale interna che attua la pretesa situazione internazionale dell'individuo; ma né alle norme che istituiscono e determinano gli agenti che dovrebbero provvedere ad emanarle o ad eseguirne le disposizioni, né alle norme che determinano le qualifiche giuridiche dell'individuo al quale potrà esser concesso di adire l'organo internazionale, né infine alle norme che individuano i singoli componenti l'organo. Questo significa che non son legati giuridicamente al diritto internazionale (direttamente o indirettamente) né l'individuo o gl'individui dal comportamento dei quali deriva l'attuazione dell'«interesse», né l'individuo interessato, né l'individuo o gl'individui che emanano la pronuncia. Il che equivale a dire che non e sul piano del diritto internazionale né attraverso questo ordinamento che la tutela dell'interesse individuale in sè troverà eventualmente luogo in virtù della pronuncia. Di giuridico-internazionale c'è solamente l'obbligo che incombe allo Stato come unità storica e il diritto corrispondente degli altri Stati legati dalla norma in questione. Tutto il resto, a parte il valore giuridico dell'inadempimento e della pronuncia nei rapporti fra gli Stati stessi, si risolve in fenomeni d'ordine *giuridico* interno ma d'ordine meramente *storico* dal punto di vista del diritto internazionale. Resta escluso che si trovi realizzata una figura d'«interesse legittimo» individuale internazionale[677].

[677] Un ragionamento analogo si potrebbe fare nell'ipotesi inversa prospettata sopra e di cui vedi tal esempio a p. 301 (giurisdizione statuale in tema di rapporto d'impiego presso un ente internazionale).

C'è però - si badi bene - una differenza tutt'altro che trascurabile dal punto di vista del rapporto fra i due ordini di fenomeni ch'entrano in gioco accanto a norme internazionali. Nel caso considerato nel testo, è il fatto storico della determinazione prodottasi in seno all'ente internazionale che dovrebbe servire - tramite la norma contrattuale internazionale che impone l'obbligo allo Stato - a determinare delle situazioni individuali all'interno di uno Stato. Nell'ipotesi inversa sarebbe l'ordinamento di uno Stato ad agire su individui «in appoggio» all'«organo internazionale». È evidente quanto sia maggiore nel secondo caso la possibilità di attuazione. E per noi è questo un chiaro segno che la via del superamento del sistema attuale va cercata sul terreno interindividuale piuttosto che su quello dell'ordinamento paritario interstatuale.

Perché ciò avvenisse, occorrerebbe che gli Stati, l'individuo e l'organo fossero collegati dai dispositivi coordinati d'un solo sistema interindividuale come nello Stato federale, in cui gli «organi» della federazione operano nei confronti degli agenti degli Stati a tutela dei diritti fondamentali dei singoli cittadini federali[678].

31. - Venendo finalmente alla prassi dei tribunali interni e internazionali, si può affermare a ragion veduta che non vi è un solo caso, fra quelli citati dalla dottrina criticata, che dimostri che il superamento del sistema sia avvenuto o sia in corso. Quale che sia l'urgenza con cui l'opinione pubblica mondiale chiede il conferimento di diritti internazionali ai «privati», s'è avuto finora solo il riconoscimento giurisdizionale interno di diritti individuali interni tutelati da diritti-obblighi internazionali di Stati o il riconoscimento in sede «internazionale» - e probabilmente, per quanto ci riguarda, non *giurisdizionale* in senso proprio - dell'esistenza di obblighi-diritti internazionali di Stati relativi al trattamento d'individui.

Per cominciare dai tribunali interni, fra i quali vanno inclusi, come s'è accennato, non solo i Tribunali Misti, ma anche i Tribunali Arbitrali Misti e le varie figure di *Claims Commissions* in funzione interindividuale -, sono del più alto interesse, per l'esclusione della soggettività mediata e da accordo, quattro casi giudicati in Gran Bretagna nel periodo d'un secolo: *Baron De Bode v. The Queen,* 1851[679], *Rustomjee v. The Queen*, 1876[680], *Civilian War Claimants Association v. The King,* 1931[681] *e Administr. of*

---

[678] Per il carattere *interindividuale* della tutela federale d'interessi individuali nei confronti degli Stati membri, v. OGG e RAY, *Introduction to Amer. Government,* 9ª ediz., Nuova York, 1948, p. 75.

Anche nella figura in esame la ragione dell'erronea assimilazione di certi fenomeni d'ordine *storico* internazionale (in senso lato) ad un fenomeno *giuridico* interno è l'osservazione del fenomeno interno attraverso la lente deformante della teoria organicistica dello Stato e del suo ordinamento. È soprattutto da questa concezione che deriva la superficiale riduzione dei rapporti giuridici complessi d'ordine pubblicistico interno ai quali è commessa la tutela dei diritti e degli interessi legittimi «costituzionali» e «amministrativi», a rapporti triangolari fra l'individuo, lo Stato («legislatore» o «amministratore») e il potere giudicante in sede amministrativa od ordinaria. Figura che trascura tutti i rapporti interindividuali che stanno dietro al .secondo e al terzo termine del rapporto stesso e quelli che legano il primo termine ai componenti degli altri due in una sola comunità giuridica. Un altro fattore di confusione è la posizione del problema in termini di garanzie. Il fatto che dei sistemi di garanzia siano predisposti non significa che si tratti di norme interindividuali di garanzia. Fino a quando la distinzione fra diritto internazionale e interno sarà «distinzione non nell'unità ma di unità a sè stanti» (SPERDUTI, *L'individuo* cit., p. 42) - e tale essa resta fino a quando non sia dimostrata la legittimazione internazionale degli Stati -la predisposizione di garanzie internazionali della tutela d'interessi individuali rimarrà in sè priva di significato per la soggettività internazionale degl'individui. Rapporto che non ci sembra chiaramente percepito dallo SPERDUTI, *Op.* cit, p. 41 ss., proprio a causa del carattere fondamentalmente interindividuale che aprioristicamente attribuisce all'ordinamento internazionale sulla base dell'osservazione di fenomeni la cui definizione come casi di soggettività individuale è a sua volta condizionata alla determinazione di quel carattere generale dell'ordinamento. Lo Sperduti, a quanto pare, rinuncerebbe alla tesi affermativa soltanto di fronte ad una.norma negativa. Ma sarebbe assurdo che l'ordinamento internazionale si preoccupasse di porre un divieto di attribuire diritti o doveri ad enti ai quali nessuna sua norma generale rivolge e nessun ente è legittimato a rivolgere imperativi. Sarebbe come richiedere che la soggettività dell'animale o del «servus» nel diritto interno sia esclusa da una norma ad *hoc.*

[679] *House of Lords Cases,* III, p. 449 ss., riportato in *The English Reports*, X (*House of Lords*), p. 176 ss., spec. 184.

[680] *Queen's Bench Div., Law Reports*, I (1875-76), p. 487 ss. e II (1876-77), p. 69 ss.

[681] *Annual Digest of Internationol Law Cases* (LAUTERPACHT), 1931-32, caso 118, p. 237-39.

German Property v. Knoop, 1932[682]. In tutti e quattro i casi il giudice ha respinto in termini inequivocabili, sulla base di disposizioni di diritto interno, domande di risarcimento avanzate da privati nei confronti della Corona e sulle somme da questa riscosse da altri Stati in base ad accordi internazionali, nonostante il fatto che la «causa» dell'accordo e della riscossione («causa» in senso *materiale*) fosse costituita, apparentemente, dai danni sofferti dai privati stessi. In tutti i casi la motivazione è stata trovata nella circostanza che la Corona non stipula trattati con altri Stati in qualità di rappresentante o «trustee» dei propri sudditi ma agisce «of its own inherent authority»[683], e che, poiché il trattato era un atto fra i sovrani, soltanto questi e non i sudditi potevano protestare contro le infrazioni [684]. Il fatto che la discrezionalità del potere interno nella distribuzione delle somme percepite abbia senz'altro determinato il rigetto delle domande esclude, evidentemente, che il trattato valesse a giustificare, direttamente o indirettamente, le pretese dei ricorrenti[685]. Le somme ottenute dallo Stato risarcito, in parole povere, non erano *giuridicamente* distribuite fra gli individui interessati in *base al trattato.*

Non meno chiaramente negativi della soggettività individuale sono, sempre fra le decisioni di tribunali interni, i casi *Wirbelauer c. De Handelsvennootschap* ecc.; deciso dalla Corte distrettuale di Amsterdam il 16 ottobre 1925[686] *Papadopoulos c. Koninklijke* deciso dalla Corte d'Appello di Amsterdam il 13 marzo 1928[687]; *High Treason (Treaty of*

---

[682] *The Law Reports, Chancery Div.*, 1933, p. 439 ss.

[683] V. spec. il *Rustomjee* v. *The Queen*, Racc. cit alla nota 326, annate cit., I, p. 497; II, p. 74.

[684] Nel caso citato nella nota precedente, per esempio (secondo luogo cit.), il giudice di appello ha specificato che il trattato con il quale la Regina aveva ottenuto dalla Cina le somme sulle quali il ricorrente avanzava la sua pretesa «is a treaty between herself as sovereign and the Emperor of China as sovereign, and though he might complain of the infraction, if infraction there were, of its provisions, her subjects cannot».

[685] Qualora la Corona avesse dichiarato di agire in veste di rappresentante *o trustee* - il che alcuni dei giudici dei casi citati, come il LAUTERPACHT sembra rilevare a proprio sostegno (*Op.* cit., p. 30 in nota), ritenevano possibile (*Rustomjee v The Queen*, Raccolta cit., II, p. 74; *Civilian War Claimants* ecc., p. 239 in fine: *Administrator of German Property* ecc., p. 456 s.) -, è evidente che si sarebbe trattato d'un rapporto esclusivamente interno. L'Imperatore della Cina, p. es. (v. la nota prec.), non avrebbe avuto nulla da eccepire - dal punto di vista del diritto internazionale - qualora la Corona non avesse corrisposto ai privati mandanti le somme da lui pagate. E come ben osserva il giudice del caso *Rustomjee v. The Queen*, II, p. 497), s all that is done under the treaty is as much beyond municipal law as the negotiation of the treaty itself».

[686] *Annual Digest* cit., 1927-28, p. 59 s. Un cittadino russo si difendeva dalla pretesa del deposito della *cautio judicatum solvi* invocando la Conv. dell'Aja del 17 luglio 1905 sulla Procedura Civile nella quale l'Olanda e la Russia erano parti, aggiungendo che l'Olanda non aveva ancora riconosciuto il governo sovietico e che né quest'ultimo né l'Olanda aveva denunciato la Convenzione nei confronti dell'altra parte. La Corte dichiarava che l'attore andava esente dall'obbligo di cauzione perché la Conv. del 1905 aveva conferito diritti ai cittadini russi davanti alle Corti olandesi, diritti che continuavano ad esistere sino a quando la forza obbligatoria della Convenzione non fosse venuta meno fra l'Olanda e la Russia.

L'irrilevanza della decisione per la tesi affermativa è ovvia perché la Corte non faceva che applicare la legge olandese di esecuzione della Convenzione. Ciò è stato chiaramente spiegato dal VERZIJL, J. H. W., nello scritto *Nederland, Rusland en het Rechtsvorderingstractaat* nel *Weekblad van het Recht*, dell'11 gennaio 1926 (num. 11443), riassunto in calce alla decisione nella Raccolta cit., p. 60.

[687] *Annual Digest* cit., vol. cit., p. 414 s. Il convenuto invocava l'art. 137 del Trattato di Losanna (obbligo dei contraenti di rispettare le situazioni giuridiche createsi per effetto di decisioni od ordini emanati dagli organi delle

Versailles) in Germany, deciso dal *Reichsgericht* tedesco il 14 marzo 1928[688]; *Liquidation of German Property (Treaty of Versailles)* del *Reichsgericht* tedesco, 29 marzo 1928[689]; *German Railways (Most Favoured Treatment)* dello stesso *Reichsgericht,* 18 giugno 1927[690]; *Elias and Abdou Nojam c. Eastern Telegraph Co.,* del Tribunale

---

potenze a Costantinopoli dopo il 30 ottobre 1918) contro la pretesa dell'altra parte di contestare davanti ai tribunali olandesi la legalità di certe misure prese dalle potenze occupanti a Costantinopoli. La Corte si uniformava alla eccezione del convenuto asserendo che il Trattato di Losanna «non solo obbliga i Governi degli Stati contraenti... ma concerne anche direttamente i diritti e gl'interessi dei loro sudditi, in modo che il Trattato costituisce parte della legge degli Stati interessati; che l'art. 137 del Trattato ovviamente tende ad accettare le decisioni e gli ordini delle potenze occupanti come provviste di effetti legali: e che, perciò, i sudditi delle parti contraenti erano ugualmente obbligati a rispettare la situazione giuridica cosi creata».

Anche qui è ovvio che il giudice applicava il diritto del suo paese.

[688] *Annual Digest* cit., 1927-28, p. 1113, caso n. 5. Un cittadino tedesco si difendeva dall'imputazione di alto tradimento (per aver pubblicato dettagli relativi a piani militari che avrebbero costituito una violazione del trattato di pace) invocando, contro l'art. 92 del codice penale relativo a questo reato, il Trattato di Versaglia, divenuto parte della legge federale tedesca, e l'art. 4 della Costituzione .di Weimar che richiamava le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute come parti del diritto federale.

È chiaro che l'imputato invocava due disposizioni di diritto tedesco: la legge 16 luglio 1919, che aveva dato esecuzione al trattato di Versaglia, e un articolo della Costituzione. E non mancano altri rilievi nello stesso senso nella motivazione (Raccolta e vol. cit., p. 12-13).

[689] *Ann. Digest* cit., 1927-28, p 408 ss.: «The persons affected by measures of liquidation *do not derive from Articles 74 and 294 (i) of the Treaty of Versailles any direct rights against the Reich.* The Treaty of Versailles is an international treaty and *creates in the first instance rights and duties only between the contracting parties. It is true that by the Federal Law of 16 July 1919 the Treaty of Versailles acquired the force of a municipal law...*». (Racc. cit., p. 408) (corsivi nostri). Il caso è riportato anche nella *Zeitschrift f. ausl . öff. Recht u. Völkerr.* II (2), (1931), p. 84-87.

[690] *Ann. Digest* vol. cit., p. 406-407 (data errata). Un tedesco che aveva importato delle merci dalla Danimarca invocava contro la Compagnia ferroviaria federale l'art. 365 del Trattato di Versaglia, che disponeva che le merci provenienti dai territori delle Potenze Alleate o Associate godessero del trattamento più favorevole sulle ferrovie tedesche. La Corte riteneva fra l'altro che l'attore aveva acquistato il diritto che invocava perché - secondo la versione curata dallo stesso Lauterpacht, Raccolta cit., p. 407 pr.-«The Treaty of Versailles has become part of German municipal Law, and its provisions may be invoked hl so far as, having regard to their content, purpose and wording, they are calculated to have effect in the sphere of private law without the necessity of further measures in *the sphere of international or public laws*»: e questo sarebbe stato il caso dell'art. 365 soprattutto perché questo articolo contiene l'espressione «*de plein droit*» (*von Rechtswegen*).

È così evidente che la Corte ha basato il suo ragionamento sul fatto che il trattato di Versaglia era diventato parte della legge tedesca, che non mette conto di discutere l'interpretazione della clausola «*de plein droit*» che i sostenitori della soggettività degl'individui invocano. Il *de plein droit si* spiega benissimo come un «senz'altro» riferito a possibili ulteriori atti internazionali. Il fatto che la traduzione tedesca (che comunque non fa fede) rechi l'espressione «*von Rechtswegen*» ha un'importanza molto scarsa. Il testo inglese dice solo «shall enjoy». Sul caso v. anche la *Zeitschift f. a. öff. Recht und Völkerrecht*, II (2) (1931), p. 81-84, con nota del BRUNS (p. 83 s.).

Non è senza significato, del resto, che il *Reichsgericht,* come s'è visto (nota prec.), ha emanato l'anno successivo una decisione in senso decisamente contrario alla capziosa interpretazione che il Lauterpacht (cit. più sotto) vuol dare al caso Dopo aver detto, come s'è visto, che il Trattato non creava diritti per gl'individui e ch'esso era diventato efficace all'interno solo con la legge federale tedesca del 16 luglio 1919, la Corte ha osservato che malgrado l'esistenza di questa legge di esecuzione «the individual can derive rights from it [la legge] only in so far as, having regard to the natwe and object of the provision in question, it is clear beyond doubt that it is self-esecutory, namely, that it has a direct effect in the sphere of private law without the necessity of further international or municipal regulation». Dove è chiaro che la questione del «*de plein droit*» agitata nel caso in discussione, è una questione *interna* alla stessa legge di esecuzione anche agli effetti pei quali questa contempla dei fatti internazionali.

Il caso in questione è ritenuto probante per la soggettività individuale (fra i tanti) dal RAPISARDI MIRABELLI, *La capacità itur.* cit., p. 66, e dal LAUTERPACHT, *Op.* ult. cit., p. 30 in nota.

Sommario di Porto Said, 1931 e 1932[691]; ed il caso *Zoppot Streetcrossing*, dell'Alta Corte di Danzica, 16 gennaio 1934[692]. In nessun caso risulta che la Corte abbia applicato nonne di diritto internazionale che non fossero «incorporate» in un modo o nell'altro nel diritto interno, e il più delle volte ciò è stato esplicitamente detto dai giudici.

Quanto ai Tribunali Arbitrali Misti ed agl'istituti del genere, escluso che l'azione dinanzi ad essi costituisca una manifestazione di capacità processuale *internazionale* degl'individui - perché non si è trattato sotto questo profilo di processi *internazionali*[693] - ed escluso che il diritto speciale applicato fosse un diritto interindividuale-internazionale (perché evidentemente prodotto, nell'ambito degli ordinamenti degli Stati, mediante l'ordine d'esecuzione), non costituiscono argomenti probanti per la dottrina affermativa né il riconoscimento dell'azione individuale eventualmente contestata da una delle parti, com'è accaduto nel caso *Steiner and Gross v. Polish State,* così frequentemente invocato dalla dottrina[694], né l'accoglimento di domande individuali, né le statuizioni rese in base al diritto interno comune. Conseguentemente, si versa nella stessa ipotesi dei tribunali interni relativamente alle pronuncie che facciano comunque riferimento ai trattati «istitutivi» o ad altre norme consuetudinarie o pattizie di diritto internazionale. È questa l'interpretazione da dare, p. es., alla decisione del T.A.M. franco-tedesco del 27 agosto 1926 sul caso *Sigwald Charles v. Germany*[695].

Venendo ai c. d. Tribunali internazionali, nel solo caso in cui si potrebbe discutere (per noi senza successo) d'una capacità processuale internazionale d'individui - quello della Corte di Giustizia centro-americana -, il collegio è stato chiamato a pronunciarsi su domande individuali nei casi *Diaz* c. *Repubblica del Guatemala, de Salvador Cerda* c. *Costa Rica, Felice Molina Larios* c. *Honduras,* nella questione dell'elezione del *Presidente Gonzales Flores* della *Costa Rica* e nel caso *Alejandro Bermudez y Nunez* c. *Costa Rica*[696], casi di cui quattro sono stati dichiarati inammissibili e il quinto è stato

---

[691] *Annual Digest* cit., 1931-32, p. 247, 413, caso num. 217. Il tribunale ha ritenuto che anche le società telegrafiche private dovessero beneficiare della disposizione dell'art. 3 della Conv. Telegrafica internazionale di Pietroburgo del 1875 agli effetti dell'esenzione da responsabilità per danni causati da «human negligence». Anche qui è evidente che il Tribunale egiziano applicava la legge egiziana di esecuzione della Convenzione e non la Convenzione stessa. Il che risulta chiaramente sia dalla motivazione della decisione (vedila in *Gazette des Trib. Mixtes d'Egypte*, XXIV, 1933-34, p. 35) sia dalla analoga decisione del Tribunale Sommario di Alessandria resa il 12 giugno 1933, nella stessa *Gazette*, p. 35.

[692] V. l'*Annual Digest* cit., 1933-34, p. 269 ss., caso 104. Il caso è riportato anche nella *Zeitchrift f. ausl. Öff. Recht. U. Völkerrecht*, IV (1934), p. 947.

[693] *Supra*, p. 299. Ciò non potrebbe dirsi nemmeno nel senso improprio in cui si potrebbe considerare come un processo internazionale il procedimento davanti agli stessi T.A.M. nei casi in cui essi statuivano sui diritti e gli obblighi delle potenze, o il procedimento davanti a qualsiasi arbitro o collegio arbitrale interstatale.

[694] Tribunale Arb. n isto tedesco-polacco, istituito dalla Conv . per l'Alta Slesia del maggio 1922 (*Annual.Digest* cit., 1927-28, p. 291 s., caso 188). Nel senso della dottrina affermativa, a parte gli autori monisti, v. BALLADORE PALLIERI, *Dir. internaz. pubbl.* cit., p. 145. Incerto OPPENHEIM's *Internat. Law, I*, p. 581, nota 4. È questo il solo caso sul quale fa leva il *Memorandum* del Segretario generale delle Nazioni Unite sopra ricordato. Per altri riferimenti dottrinali, v. OPPENHEIM's *Internat. Law* cit., p. 581, nota cit.

[695] *Annual Digest* cit, 1925-26, p. 3379 caso 255.

[696] Sui cinque casi v. HUDSON, *l.a Cour Permanente* ecc. cit., p. 56 ss.

«giudicato» in senso contrario alla domanda individuale[697]. Le dottrine affermative potrebbero dunque valersi soltanto della prevista e attuata capacità di azione individuale, il cui significato nullo agli effetti della soggettività internazionale dell'individuo risulta da quanto si è detto nei numeri precedenti sul rapporto fra la situazione individuale nell'ambito di enti od «organi» internazionali e le situazioni internazionali alle quali la prima storicamente si ricollega[698].

Nella giurisprudenza della Corte Permanente di Arbitrato, il caso più importante invocato dalla dottrina affermativa è quello delle *North Atlantic Coast Fisheries*[699], dove il solo elemento positivo sarebbe costituito dal fatto che lo Stato attore impostava la questione come quella del riconoscimento di certi diritti degli abitanti degli Stati Uniti sulle peschiere. :Ma la motivazione della decisione reca una precisazione così esplicita a questo riguardo, da escludere ogni possibilità di dubbio sull'opinione degli arbitri[700].

Quanto alla Corte Permanente di Giustizia internazionale, esclusa ogni capacità processuale d'individui[701], i casi più frequentemente invocati sono la decisione sul caso delle *Officine di Chorzow*[702], il parere sullo «status» dei *Funzionari delle ferrovie di Danzica*[703], il parere e la decisione sulle *Scuole minoritarie tedesche in Alta Slesia*[704]. Nel caso Chorzow, la Corte ha negato che la questione si ponesse in termini di diritti individuali[705]. Nel famoso caso della *Beamtenabkommen*, sul quale fa grande

---

[697] HUDSON, *International Tribunals* cit., p. 68.

[698] *Supra*, spec. p. 306 ss. Inutile aggiungere che comunque il riconoscimento da parte degli arbitri dei diritti individuali in questione avrebbe solo potuto significare o che tali diritti si trovavano in fatto sanciti nell'uno o nell'altro ordinamento statuale o che era obbligo internazionale di una delle parti di disporre in un certo senso nell'ambito del proprio ordinamento.

[699] Stati Uniti-Gran Bretagna, ediz. Langenhuysen, L'Aja, 1910.

[700] La pronuncia afferma (pubbl. cit., p. 31) che «the inhabitants of the United States *do not derive the liberty to take fish directly from the treaty,* but from the United States Government as a party to the Treaty with Great Britain and moreover exercising the right to regulate the conditions under which its inhabitants may enjoy the granted liberty». Nello stesso senso è l'intero contesto. Come si sia fatto ad invocare una decisione del genere a sostegno della tesi della soggettività internazionale degl'individui resta per noi un mistero.

[701] Art. 34 Statuto.

[702] Germania-Polonia, 1928, *Pubbl. Corte,* Serie A, n. 17, p. 25 ss.

[703] *Jurisdiction of fhe Courts of Danzig,* ovvero *Danzig Railway Officials.* Danzica-Polonia, 1928, *Pubbl. Corte,* Serie B, n. 15, p. 17 (*Beamtenabkommen*).

[704] *Minority Schools in Upper Silesia,* Germania-Polonia, 1938, *Pubbl. Corte,* Serie A, n. 15, p. 34 ss., 46. Per il parere v. HUDSON, *La Cour* ecc. cit., p. 543 s.

[705] V. spec. la *Pubbl. Corte* cit. (nota 348), p. 27 s. Come in altri casi, la Corte ha ritenuto che il fatto che i danni fossero stati sofferti da un privato e che l'ammontare della riparazione dovesse essere calcolato su di essi, non mutava la natura della riparazione: «The rules of law governing the reparation are the rules of international law in force between the two States concerned, and not the law governing relations between the State which has committed a wrongful act and the ìndividual who has suffered damage». E la Corte ha dato sostanzialmente ragione al governo tedesco quando faceva notare che esso non agiva come rappresentante degl'individui danneggiati (p. 25 s.).

assegnamento la dottrina criticata[706], la Corte non ha dichiarato, a ben guardare, che la Convenzione creava direttamente dei diritti per gl'individui. Dalla lettura della non sempre chiara decisione[707] si arguisce, a nostro avviso, che il parere non verteva tanto sulla questione di sapere se la Convenzione avesse direttamente effetto per i funzionari, quanto sulla diversa questione se ai termini della Convenzione l'obbligo della Polonia (e il diritto correlativo di Danzica) fosse di emanare delle disposizioni conformi al regolamento di rapporti interindividuali previsto dalla Convenzione ovvero d'incorporare senz'altro tale regolamento nel proprio diritto. Ciò risulta sia dal confronto tra le affermazioni della Corte relative alle disposizioni della Convenzione riguardanti la disciplina dei funzionari (per le quali disposizioni la Polonia avrebbe dovuto provvedere all'«incorporazione» e all'adattamento con il proprio ordinamento) e le disposizioni relative al «contrat de service»[708], sia dai termini nei quali la Corte si è espressa allorché, dopo aver riaffermato la regola generale secondo la quale l'accordo non crea, come tale, direttamente, diritti ed obblighi individuali[709], essa ha solo rilevato che «Non si può contestare, tuttavia, che un accordo internazionale può avere per oggetto, secondo l'intenzione dei contraenti, proprio *l'adozione,* da parte dei contraenti, di determinate regole che *creino* diritti ed obblighi individuali azionabili davanti ai tribunali nazionali»: intenzione che essa ha ritenuto sussistente nel caso della *Beamtenabkommen*[710].

Né va dimenticato che l'oggetto principale della domanda erano la questione della giurisdizione delle Corti di Danzica sui reclami dei funzionari e la questione di sapere se questa giurisdizione si estendesse ai reclami pecuniari dei funzionari di Danzica contro l'Amministrazione ferroviaria polacca. Decidendo che, ai sensi della Convenzione, le disposizioni che la Convenzione stessa voleva *adottate dai due Stati* dovevano essere immesse tali e quali dalle parti nei rispettivi ordinamenti[711], la Corte si limitava ad affermare, nella specie, che le Corti di Danzica potevano ritenere che nell'ambito dello Stato polacco così obbligato le decisioni da esse pronunciate in base alle clausole indicate nella Convenzione non potevano essere disconosciute senza determinare una responsabilità internazionale dello Stato polacco stesso.

È. ben certo, ad ogni modo, che il riconoscimento da parte della Corte del buon diritto di Danzica di esigere che i rapporti dei funzionari con l'Amministrazione ferroviaria polacca fossero considerati dalla Polonia come retti senz'altro da disposizioni conformi alle clausole del «Contrat de service» previsto dalla Convenzione non avrebbe

---

[706] V. p. es., SIBERT, *De l'effet des traités* ecc., *Mélanges Mahaim,* 1935, II, p. 332 ss., e LAUTERPACHT, *International Law and Human Rights* cit. , p. 28-29.

[707] Spec. p. 17 ss.

[708] p. 18-19.

[709] p. 17.

[710] p. 17-18. I corsivi net passo riportato sono nostri.

[711] Sostanzialmente in questo senso HUDSON, La *Cour* ecc. cit., p. 647. In senso affermativo della esistenza di diritti individuali derivanti dal trattato indipendentemente dall'«incorporazione» nel diritto interno OPPENHEIM, *Op.* cit., p. 21, in nota (Lauterpacht) e LAUTERPACHT, *Op.* ult. cit., p. 29.

implicato certo di per sé - anche se si fosse trattato d'una «decisione» - né il dovere dei giudici polacchi di regolarsi di conseguenza nei confronti delle decisioni delle Corti di Danzica né il potere di quest'ultime. Né vi è di più del riconoscimento dell'esistenza di certi obblighi della Polonia verso la Germania nel terzo caso ricordato. Altri casi sono ancora più favorevoli alla tesi negativa[712].

Non sono i dualisti, dunque, che negano la realtà e l'evidenza, ma i monisti. Perché i dualisti da un lato riconoscono l'esistenza sia della situazione giuridica internazionale degli Stati contraenti sia della situazione giuridica individuale interna (statuale o non statuale), e dall'altro ammettono sia il fatto positivo che la prima situazione esercita un'influenza storica sulla seconda (in quanto tende ad ottenere che lo Stato o l'ente internazionale si adegui a certe esigenze individuali), sia il fatto negativo che le due situazioni sussistono entro sistemi giuridici storicamente distinti[713]. I monisti, invece, presentano la situazione interstatuale come una situazione *giuridicamente strumentale* rispetto a quella individuale, negando poco realisticamente una frattura che in fatto sussiste e fa sentire sempre il suo peso[714].

---

[712] Ciò vale, in particolare, pei casi *Certain G erman Interests in Polish Upper Silesia* (1925), *Pubbl. Corte*, Serie A, n. 5, p. 20, nonché, nei limiti in cui può interessare (dato che gl'individui non avevano certo «azione» davanti alla Corte), il caso *Mavrommatis, Pubbl. Corte,* Serie A. n. 2. p. 12.

[713] Non diciamo - come il LAUTERPACHT fa dire ai dualisti (*Op.* cit., p. 3, 143) - che gli articoli dello Statuto delle N. U. relativi ai diritti umani sono «an artificial innovation altogether divorced from previous practice and out of keeping with the natural framework of international law».. Gli articoli in questione pongono obblighi agli Stati in merito al trattamento d'individui né più né meno di quanto hanno sempre fatto tanti altri trattati fra sovrani o fra Stati attinenti a interessi o comportamenti d'individui (trattati di commercio, navigazione e stabilimento). La novità sta solo nel fatto che le norme convenzionali relative ad interessi o comportamenti individuali hanno per oggetto, oggi più frequentemente di prima, i sudditi degli stessi Stati obbligati: che è certo un aspetto positivo del fenomeno. La *artificial innovation* ecc. è l'interpretazione ottimistica - *inutilmente* se non pericolosamente ottimistica, diremmo - che il Lauterpacht crede di dover dare al fenomeno chiamandolo con un nome che non gli si addice.

[714] È questo un atteggiamento parallelo all'interpretazione pubblicistica degli accordi d'unione e dei loro effetti -nonostante il carattere privatistico degli.atti interstatuali in cui si concretano - sulla base del carattere pubblicistico interno degli Stati, degli atti dei loro organi all'interno e delle «istituzioni» *interindividuali* che sorgono in attuazione degli accordi stessi (*Rapporti contrattuali* cit., p. 38 ss., 148 dell'estr. e *passim*).

Come in questo caso, il punto essenziale di cui gli scrittori criticati non si rendono conto (dalle Spiropoulos al Lauterpacht) è che il negare l'esistenza del fenomeno non significa opporsi a che esso si verifichi, ma è piuttosto il risultato dell'esatta percezione delle difficoltà che si oppongono al suo verificarsi. Affermare l'esistenza del fenomeno, d'altra parte, non significa necessariamente fare opera più utile, perché il riconoscimento dell'esistenza della soggettività individuale in *sede scientifica* da un lato non cambia lo stato delle cose e dall'altro può produrre un effetto negativo sui movimenti riformistici, ai quali si finisce per dare la sensazione che per realizzare un mondo migliore ci si può rimettere senz'altro all'attività degli Stati sovrani stessi. Da questo punto di vista le dottrine moniste son più conservatrici delle dottrine del Triepel e dell'.Anzilotti (che la maggior parte dei monisti hanno il torto di non intendere): perché i monisti dicono agli «uomini di buona volontà» di accontentarsi dei trattati fra gli Stati sovrani nell'ambito del sistema esistente, mentre il significato politico delle dottrine negative è che il sistema attuale va *sostituito* (cfr. QUADRJ, *Dir. internaz. pubbl.* cit., p. 414).

SEZIONE IV - I MEZZI D'AZIONE GIURIDICAMENTE RILEVANTE DEGLI ENTI SOGGETTI (GLI ORGANI)

SOMMARIO: § I. *I dati essenzialissimi del fenomeno*: 32. Dati generici sulla natura dei mezzi d'azione giuridicamente rilevante degli enti soggetti. - 33. Dati specifici e loro significato. Irrilevanza dei fatti di agenti che non realizzano gli estremi del fatto dello Stato. - 34. Carattere materiale del rapporto fra gli agenti e l'ente. - 35. Duplice snaturamento dei dati specifici da parte della dottrina: giuridicizzazione dell'organizzazione degli enti soggetti e alterazione dei dati di teoria generale del fenomeno. - § II. *La giuridicizzazione dell'organizzazione di fatto degli enti soggetti nella dottrina dominante*: 36. Teoria della rappresentanza. Critica. - 37. La teoria del Triepel, dell'Anzilotti e del Perassi. - 38. Critica: *A*) Incongruenza derivante dal difetto di soggettività degli agenti. 39. *Continua: B*) Incongruenza derivante dalla comune ammissione della passività dell'ordinamento internazionale nei confronti dell'organizzazione degli Stati. Impossibilità di superare l'ostacolo con la teoria della c. d. «libertà di auto-organizzazione» degli Stati. - 40. *Continua: C*) Inettitudine della formula del rinvio fisso o «variabile» a1 diritto interno e delle formule alternative a far salva la giuridicità dell'organizzazione. - 41. Teorie moniste dell'organizzazione giuridica degli enti soggetti. Inettitudine delle formule da esse proposte: *a*) La «regola dell'effettività» e *b*) La formula della «responsabilità indiretta» per i fatti di organi inferiori o d'individui. - 42. Teoria del Marinoni e dell'Ago. Elementi positivi e negativi. – § III. *L'alterazione dominante dei termini di teoria generate del fenomeno*: 43. Le teorie organiche degli enti morali e il concetto d'imputazione giuridica di fatti: conseguenze negative che ne derivano per l'impostazione del problema dell'attività degli enti in esame. - § IV. *Il significato dei dati accertati e la costruzione del fenomeno nel caso degli agenti diplomatici e dei comandanti militari*: 44. L'attività giuridicamente rilevante degli enti in esame come attività organicamente diretta. - 45. Caratteristiche principali del fenomeno rispetto a quello dell'attività giuridicamente rilevante delle persone giuridiche. - 46. I termini del fenomeno nei casi di preteso intervento diretto dell'ordinamento internazionale nell'organizzazione degli Stati (agenti diplomatici e comandanti supremi).

§ I. - *I dati essenzialissimi del fenomeno.*

32. - L'esame della dottrina e della prassi in tema di attività giuridicamente rilevante degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale porta alla conclusione che, a parte i casi di rappresentanza internazionale *stricto sensu*, gli enti in questione prendono parte al commercio giuridico in modo completamente diverso da quello in cui le persone giuridiche in senso tecnico partecipano al commercio giuridico interno[715]. Come si è visto, quest'ultime partecipano soltanto al fenomeno del riferimento delle conseguenze giuridiche di fatti (giuridici) altrui anche nei casi diversi da quelli di rappresentanza in senso stretto. Ciò sia perché esse non coincidono con entità materiali - il che evidentemente esclude che si possa parlare di una loro attività giuridicamente rilevante salvo che per comodità di linguaggio - sia perché gl'individui che agiscono «per conto» dell'ente da un lato non potrebbero essere legati ad un'entità giuridica da un rapporto materiale che ne faccia dei meri strumenti e dall'altro agiscono, ciascuno nell'ambito della competenza assegnatagli, in modo giuridicamente rilevante per lo statuto dell'ente e per l'ordinamento nell'ambito del quale l'ente esiste come persona giuridica. E poiché un riferimento all'ente di volontà o attività individuali intese come fatti non è concepibile, è chiaro che si ha un riferimento all'ente delle conseguenze giuridiche di questi fatti. Gli enti soggetti di diritto internazionale, invece, subiscono o si avvantaggiano dell'attività giuridicamente rilevante «altrui» solo nei casi di rappresentanza internazionale in senso stretto. Normalmente essi partecipano al commercio giuridico internazionale *direttamente*, mediante la realizzazione diretta delle fattispecie da cui derivano conseguenze giuridiche a loro vantaggio o a loro carico. Realizzazione diretta di fattispecie che senza dubbio è opera di individui, ma d'individui che non sono soggetti per loro conto, e si trovano collegati all'ente da un rapporto materiale che il più delle

[715] Sull'importanza dello studio di questo fenomeno per la teoria dell'ordinamento internazionale e dei soggetti, v. le belle pagine del MARINONI, *La responsabilità degli Stati* ecc. cit., p. 129 ss., spec. la chiara nota di p. 131.

volte coincide ma non s'identifica mai con quello che collega gl'individui agenti agli enti morali.

A prescindere da ogni altra considerazione - e soprattutto dai dati forniti dalla prassi -, questa conclusione è innanzi tutto una conseguenza logica della natura di fatto del processo formativo-estintivo degli enti soggetti e del difetto di soggettività internazionale degl'individui. Le persone giuridiche, a parte il fatto che non potrebbero comunque realizzare esse stesse fattispecie giuridiche soggettive, in tanto possono subire le conseguenze dell'attività giuridicamente rilevante svolta in un ambito determinato da individui ad esse collegati da un determinato rapporto (giuridico) in quanto gl'individui medesimi, essendo soggetti prima e indipendentemente dalla loro esistenza (e dalla qualità di loro membri-organi), sono in grado di realizzare le fattispecie giuridiche soggettive le cui conseguenze si riflettono sull'ente. Nel caso degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale, invece, *a*) da un lato gli enti medesimi sono in grado, in quanto entità materiali, di realizzare fattispecie giuridiche soggettive internazionali, e *b*) dall'altro lato sono i soli enti in grado di realizzare quelle fattispecie. È perfettamente naturale, dato che si tratta di gruppi, che gli enti in questione agiscano «attraverso» individui. Le attività individuali, però, appaiono interamente assorbite nel gruppo e si presentano quindi come fatti del gruppo inteso come unità empirica. Ciò appare ancora più evidente quando si consideri che il difetto di soggettività degli individui importa, come conseguenza specifica agli effetti del rapporto fra attività individuali e attività degli enti soggetti, l'inesistenza di qualsiasi rapporto giuridico internazionale fra l'ente e l'individuo che conferisca al secondo, a certe condizioni ed entro certi limiti, quel potere di rappresentanza (o rappresentanza organica) del primo in un ambito determinato, che costituisce il *presupposto* ed il *limite* (giuridico) del riferimento all'ente delle conseguenze giuridiche dell'attività individuale. Mancando quel rapporto, il riferimento di queste conseguenze sarebbe privo ad un tempo del suo fondamento giuridico e del suo limite[716].

33. - Ma sin qui si tratta solo di deduzioni dai dati già accertati. Il dato specifico fondamentale è il fatto che l'ordinamento internazionale da un lato non tocca l'attività dei singoli che in quanto essa realizzi certi comportamenti del gruppo, e dall'altro lato non costituisce esso stesso mezzi e procedimenti per cui i gruppi partecipino al commercio giuridico[717].

Il primo punto non viene rilevato ordinariamente dalla prassi e dalla dottrina, sia per il suo carattere negativo sia perché di solito non si approfondisce il confronto tra gli enti in esame e le persone giuridiche dal punto di vista in questione. Esso si rileva dal fatto che non si dà caso di azioni individuali (di privati o di «organi» dal punto di vista del diritto interno) che, non presentando gli estremi richiesti per il riferimento o l'imputazione al gruppo (noi diremmo: per la realizzazione di un comportamento

---

[716] La mancanza del presupposto renderebbe impossibile un riferimento al1'ente delle conseguenze dell'attività individuale *(infra,* p. 358). La mancanza del limite renderebbe impossibile la cernita (fra le attività poste in essere dall'individuo) dei fatti le cui conseguenze vanno riferite all'ente dai fatti pei quali il riferimento è escluso *(infra,* p. 359 s.).

[717] Vi sono, come si vedrà, due apparenti eccezioni: il caso degli agenti diplomatici e quello dei comandanti supremi in tempo di guerra. Nemmeno in questi casi, tuttavia, si ha costituzione di agenti in senso tecnico dal punto di vista del diritto internazionale.

rilevante del gruppo), producano conseguenze giuridiche internazionali di qualsiasi specie in capo all'individuo agente o ad altri. L'attività svolta verso l'esterno da individui non legittimati ad agire per un ente morale produce conseguenze giuridiche nei confronti dell'individuo che ha agito, perché l'attività dell'agente è giuridicamente rilevante di per sé[718]. In diritto internazionale, invece, sia che l'individuo o gl'individui agenti vengano considerati come privati, sia che vengano qualificati come organi o rappresentanti, non si dà mai il caso che il fatto dell'individuo produca conseguenze giuridiche *internazionali* per l'individuo stesso. Se non si riscontrano gli estremi dell'atto o del fatto dello «Stato» (o imputabile o riferibile allo Stato), non si ha atto giuridico internazionale di sorta[719]. L'eccezione è una sola e conferma la regola: il caso che l'individuo o gl'individui agenti siano assunti loro stessi ad enti soggetti distinti di diritto internazionale come partito-governo insurrezionale, in modo che le conseguenze del fatto vengano ricondotte allo Stato nuovo costituito dagl'insorti[720]. A parte gli elementi negativi raccolti in tema di soggettività individuale, vi sono decisioni della prassi che depongono in questo senso. E si è visto che non sarebbe il caso d'invocare in contrario la repressione di certi fatti individuali nel diritto interno (o eventualmente nell'ambito dei c. d. «ordinamenti speciali» internazionali)[721].

34. – Ma il più probante è il secondo dato, anche se è meno facile rilevarlo nei suoi veri termini. Esso si riscontra sia negli atti leciti sia in quelli illeciti.

In tema di stipulazione di trattati basta considerare l'opinione unanime che

---

[718] Si allude alla responsabilità dei ministri e dei Capi di Stato (ricordata da ultimo dal KELSEN, *Peace through Law* già cit., p. 82 in nota), alla responsabilità penale e civile dei funzionari (PRESUTTI, *Istituzioni* cit., III, p 12 ss.) ed alla responsabilità degli agenti degli enti morali in genere (FERRARA, *La responsabilità delle pers. giur.*, nella *Rivista di dir. comm.*, XII (1914), I, p. 489 ss., *passim).*

Sul rapporto fra responsabilità individuale e collettiva, v., del KELSEN, la *General Theory* cit., p. 68 ss.106.

[719] A parte gli esempi che seguono, potremmo citare tutti i casi in cui il giudice «internazionale» ha deciso negativamente in merito alla «riferibilità allo Stato» di fatti individuali che altrimenti avrebbero creato un obbligo contrattuale o una responsabilità. Ciò è ammesso dal Kelsen quando osserva *(Op.* cit., p. 82 in fine) che «he State can do no wrong with regard to its own law, although the State can well do wrong with regard to international law».

È certo comunque che per gli Stati del diritto internazionale non si è mai fatta la questione, che pure s'è fatta per le persone giuridiche e lo Stato del diritto interno, se siano suscettibili di responsabilità da illecito (v. FERRARA, *Scr.* cit. e KELSEN, *Scr.* cit.).

[720] Se il potentato distinto non esiste o non assurge alla soggettività internazionale, oppure il tentativo rivoluzionario fallisce (o si ritorna, comunque, alla normalità), il problema si pone solo come una questione di esistenza o meno degli estremi della responsabilità dello Stato entro il quale il movimento si è prodotto (fatto illecito dello Stato stesso), come nei casi *Home Missionary Society,* deciso dal Tribunale Arbitrale angloamericano il 18 dic. 1920 *(American Journal,* XV (1921), p. 294 ss. spec. 296); e *Stoll,* deciso dalla *Claims Commission* tedesco-messicana il 18 febbr. 1930 *(Annual Digest* cit., 1931-32, p. 214, s., caso n. 106).

[721] Di responsabilità *internazionale* dell'agente che abbia stipulato fuori dei limiti della propria competenza non si è parlato, che noi si sappia, mai.

Quanto all'illecito, se si eccettuano i casi dei crimini di guerra e dei c. d. «delitti contro la pace e contro l'umanità» - che abbiamo visto non costituire degl'illeciti *internazionali* d'individui in senso proprio - non si è mai parlato di responsabilità di agenti per fatti comunque contrari al diritto internazionale da loro compiuti. Nettamente negata è la rilevanza internazionale (come atto giuridico individuale) del fatto al quale possa far comunque seguito una responsabilità internazionale dello Stato. Così nel caso *William T. Way, General Claims Commission,* Messico-Stati Uniti, 1928 *(Am. Journal,* XXIII (1929), p. 466 ss.) il giudice ha ritenuto che l'atto individuale costituisce solo una «misfortune»; la situazione giuridica di responsabilità faceva capo allo Stato. Lo stesso nel caso *Janes, General Claims Commission,* Messico-Stati Uniti 1926 *(Am. Journal,* XXI (1927), p. 362 ss.).

Lo stesso che per gl'individui-agenti o privati vale per gli Stati membri di Stati federali, i Cantoni, le Province ed i Comuni, sul cui «assorbimento» nello Stato agli effetti della responsabilità internazionale v. SCHWARZENBERGER, *International Law* cit., I, p. 224-26, e la prassi ivi richiamata.

l'individuo o gl'individui che esercitano effettivamente il potere « *stipulano*» validamente trattati «*per*» lo Stato anche se il potere da loro esercitato costituisce una usurpazione (*qui actu regit*)[722], e malgrado l'irrilevanza delle limitazioni costituzionali *come tali* agli effetti della validità internazionale dei trattati.

Il primo punto non richiede particolare illustrazione giacché i trattati stipulati dall'usurpatore son sempre stati considerati validi. Se esso dà luogo a dubbi è perché da un lato la situazione di fatto degli agenti stipulanti è normalmente conforme alla situazione legale interna, e dall'altro gli Stati generalmente si astengono dallo stipulare con governi la cui situazione non sia sufficientemente stabile da dare l'affidamento che l'usurpazione verrà sanata da una costituzione nuova. La circostanza che il governo di fatto o l'usurpatore risulti qualificato a stipulare dal diritto interno da esso stesso posto non depone nel senso di una legittimazione dell'agente ad effetti internazionali perché il mutamento verificatosi non costituisce, come s'è visto, un fatto giuridico che determini una qualche modifica in seno all'ordinamento internazionale. Il mutamento nell'organizzazione dell'ente (o nell'identità stessa dell'ente) è un fatto d'ordine strettamente storico prodottosi in seno alla comunità statale di cui si tratta, e sul quale l'azione normativa dell'ordinamento internazionale non influisce né nel senso di ostacolarlo né nel senso di regolarne il procedimento. Le norme interne avranno soltanto valore indicativo d'una nuova situazione storica per cui il gruppo già organizzato in un certo modo risulta organizzato in maniera diversa. Il fatto, poi, che gli Stati usino una certa circospezione nello stipulare con un governo incostituzionale e attendano eventualmente l'emanazione d'una nuova costituzione formale, non deriva né dalla circostanza in sé e per sé che l'ente non sia costituito in modo conforme alla costituzione - costituzione che non è la loro e non poggia su di un fondamento giuridico comune alla loro -, e nemmeno dal fatto che essi attendano che lo stesso nuovo regime ponga in essere le norme giuridiche in base alle quali l'ente illegittimo potrà entrare in rapporti internazionali. In una situazione analoga che si verificasse nei confronti d'un ente morale colpito da una crisi costituzionale e da una usurpazione di poteri, i soggetti estranei avrebbero motivo di prendere in considerazione le norme di organizzazione preesistenti o le norme che eventualmente fossero poste (mediante la procedura stabilita) per adeguare il diritto alla nuova situazione, in quanto l'agente qualificato dell'ente morale è posto dall'ordinamento superiore in una situazione *giuridica* nei confronti della comunità parziale e dei terzi, in virtù della quale egli *può* e *deve* esigere (in base allo stesso ordinamento superiore) che la comunità parziale si attenga alle sue stipulazioni, e l'esistenza della situazione giuridica in questione dipende da fatti o procedimenti determinati dallo stesso ordinamento superiore. Nel caso in esame, invece, l'ordinamento nel quale l'atto assume rilevanza giuridica non costituisce una situazione analoga di potere-dovere in capo all'individuo in questione e non pone l'individuo stesso come soggetto di quel potere-dovere nei confronti dei soggetti terzi[723]. Ciò è anche dimostrato

---

[722] Per ulteriori precisazioni sulla costruzione di questo fenomeno, *infra,* p. 362 s. V., per ora, NIPPOLD, *Der völkerrechtliche Vertrag. Seine Stellung im Rechtssystem u. seine Bed. fiir d. internat. Recht,* Berna, 1894, p. 115-16; ANZILOTTI, *Corso* cit., p. 327, 329

[723] La sola condizione è il potere effettivo. Un esempio relativamente recente è la stipulazione del concordato lituano con il governo dittatoriale *Smetona-Valdemaras* (27 sett. 1927), concordato ratificato (10 dic. 1927) e considerato valido dalla Santa Sede nonostante la natura «di fatto» del governo (v. WAGNON, *Concordats et droit*

dal fatto che non vi è stato mai caso che si sia negata ad un soggetto la capacità a stipulare per difetto d'un organizzazione legittimamente costituita[724]. C'è dunque solo il rapporto di supremazia effettiva dell'agente sui membri della comunità di cui si tratta, ossia un fatto. L'illusione che vi sia una situazione giuridica è determinata dallo stesso equivoco per cui una parte della dottrina interpreta il fatto che ogni gruppo organizzato è munito d'un ordinamento giuridico interno come un dato dimostrativo della legittimazione dell'ordinamento stesso da parte del diritto internazionale[725].

Se questi rilievi sono esatti - ed essi corrispondono all'insegnamento della migliore dottrina oltre che a dati già accertati - è evidente che solo come fatti indicativi d'una situazione storica possono essere invocate le norme relative alle limitazioni costituzionali del potere di stipulare. Le norme interne in questione si pongono sullo stesso piano - agli effetti internazionali - di tutti i fatti ed atteggiamenti che nell'ambito del gruppo si collegano alla stipulazione, ivi compresi sia l'atteggiamento specifico di altri organi sia il mutamento eventuale delle norme stesse in modo costituzionale o incostituzionale. Allo stesso modo come la posizione legale interna d'un individuo a Capo dello Stato costituisce solo uno degl'indizi che l'individuo in questione è per sua forza o per volontà dei consociati l'agente supremo del gruppo sino a quando la *situazione di fatto non muti* (con o senza la produzione di norme interne *diverse* e *comunque poste*), così l'esistenza di norme interne che limitino o condizionino la «competenza» interna a stipulare costituisce solo un indizio (e il risultato) d'una situazione storicamente esistente. I casi in cui la validità d'un trattato o di un atto unilaterale è stata posta in discussione per mancata osservanza delle norme sulla competenza costituzionale o sui suoi limiti - casi piuttosto rari[726] -depongono nella larga maggioranza addirittura nel senso dell'irrilevanza internazionale delle limitazioni, e la dottrina della «competenza» non interpreta sempre in materia esatta i precedenti dai quali argomenta[727], né tiene sempre conto di quelli che

---

internat., Gembloux, 1935, p. 138-39).

[724] L'inesistenza di rapporti giuridici internazionalistici in materia risulta affermata nettamente - nonostante la confusione in cui il rilievo si trova con quello della discrezionalità del potere costituzionale interno della Corona nelle materie dedotte in giudizio - nei quattro casi già ricordati sopra in tema di soggettività d'individui (p. 311), e specialmente nel caso *Rustomjee v. The Queen* cit., passo riportato nella nota 330.

[725] *Supra*, p. 181, 235 ss

[726] Cfr. HARVARD LAW SCHOOL, *Research in Internat. Law.* III, *Law of Treaties, nell'Am. Journal,* XXJX (1935), Suppl. Commento all'art. 21 della *Draft Conv*., p. 1005; ROUSSEAU, *Op*. cit. alla nota seguente, p. 240, 243; QUADRI, *Dir. internaz. pubbl.* cit., p. 90 ss.

[727] Per fermarci alla dottrina più recente, il QUADRI cita, p. es., sette casi di cui (posto che i casi stessi siano probanti) ben tre depongono in senso nettamente contrario alla rilevanza internazionale delle limitazioni costituzionali, tre sono dubbi e un altro riguarda esclusivamente il problema dell'esecuzione interna d'una convenzione *(Dir. internaz. pubbl.* cit., p. 90-91).

Il caso del *Decreto peruviano del 16 maggio 1836,* che dichiarò nullo il trattato con il Cile del 1835 per difetto di competenza costituzionale dell'usurpatore Salaverry prova troppo. A parte il valore meramente interno dell'atto in sé e per sé - atto che non poteva importare alcun effetto sull'efficacia del trattato fra i due Stati - il governo poneva in questione, sulla base della costituzione *nuova,* la validità d'un trattato stipulato sotto la costituzione da esso abrogata con la restaurazione. Si poneva dunque un problema di continuità del soggetto o piuttosto di suceessione. Sul caso v. anche BASDEVANT, *La conclusion et la redaction des traités* ecc. nel *Recueil* cit., 1926, V, p. 581 s.; VEDOVATO, *La competenza a stipulare i trattati nella storia* ecc., Firenze, 1939, p. 94 in nota e riferim. al WIESSE, *ivi*.

Nel caso della sconfessione del Presidente della Repubblica Sudafricana Pretorius e del compromesso da lui stipulato per la controversia sui *Giacimenti diamantiferi del Griqualand* (DE LAPRADELLE e POLITIS, *Rec. d. arbitrages internationaux,* II, p. 695), se è vero che il nuovo Presidente Erasmus contestava la validità del compromesso (dopo che la Repubblica era uscita soccembente dall'arbitrato) perché stipulato «au mépris des règles constitutionnelles»

non vanno a sostegno della sua tesi[728]. Ma quel che conta, a ben guardare, non è tanto la

---

(Rec. cit., p. 694-95), sta di fatto che non solo la parte avversa ma lo stesso governatore della Colonia del Capo (sotto gli auspici del quale si era ricorso all'arbitrato e doveva essere eseguita la pronuncia) sostennero la validità internazionale dell'impegno. E la decisione fu almeno parzialmente eseguita dalla Repubblica recalcitrante (*Rec*. cit., p. 692, 695 s.). Ciò è riconosciuto dal WESTLAKE, nonostante esprima parere contrario alla tesi della validità, nella nota al caso (ibid. p. 703 ss.). In senso conforme alla nostra interpretazione ROUSSEAU, *Op.* cit. qui sotto, p. 244-45.

La contestazione rumena della validità dell'*Accordo commerciale austro-rumeno del 14 agosto 1920* non è probante, poiché l'Austria, accedendo al desiderio rumeno di sostituire la Conv. «provvisoria» irregolarmente ratificata con un nuovo accordo, non accettò affatto la tesi dell'invalidità sostenuta del governo rumeno (VEDOVATO, *Op.* cit., p. l0l s.).

Del tutto estranea alla questione in esame è la Cass. 22 dic. 1924 *(Rivista* cit., XVI (1924), p. .583 ss., con nota del PERASSI) che si occupa solo dell'esecuzione interna d'un accordo della cui validità non si discuteva.

Non è probante (ed è anzi controproducente) la pronuncia arbitrale resa il 22 marzo 1888 dal Presidente americano Cleveland in merito alla validità del trattato fra Costa Rica e Nicaragua del 15 aprile 1858. Pur riaffermando il principio generale della necessità di conformità della ratifica alla costituzione, l'arbitro riconosceva che il vizio dell'atto in base alla vecchia costituzione - costituzione modificata il 19 agosto, poche settimane dopo la stipulazione del trattato (15-26 aprile 1858) - non ne infirmava la validità visto ch'essa era conforme alla costituzione nuova (CHAILLEY, *La nature juridique des traités internationaux selon le dr. contemp.,* Parigi, 1932, p. 225; ROUSSEAU, *Principes génér. du dr. internat.* ecc., I, Parigi, 1944, p. 247 s.).

I soli casi che potrebbero invocarsi sono quelli dei concordati con il Baden e il Würtemberg (QUADRI, *Op.* cit., p. 91 e riferim. ivi, e *Archiv f. Katholisches Kirchen-recht,* VI (18ó1) e VII (18ó2), quantunque non sia certo che la Santa Sede riconoscesse l'invalidità dell'atto piuttosto che l'opportunità di rivederlo o di accantonare la questione per facilitarne l'esecuzione dall'altra parte o per altri motivi d'ordine politico.

Non è certamente probante, poi, per la tesi della invalidità, il caso del trattato segreto di alleanza austro-rumeno (-tedesco) del 30 ott. 1883 cit. dal MIRKINE-GUETZEVITCH, *Dr. internat. et dr. constitut,* nel *Recueil* cit., 1931, IV, p. 400. La decisione presa dalla Corona il 3-4 agosto 1914 che non si dava il *casus foederis* applicava il trattato non ne contestava la validità! Cfr. BOURGEOIS, *Manuel historique de poliitique étrangère,* 4ª ediz., IV, Parigi, 1926, p. 642.

[728] A parte alcuni dei casi già ricordati (validità del compromesso Pretorius, dell'accordo austro-rumeno del 1920 e dell'accordo Costa Rica-Nicaragua de1 1858) ed i due casi non probanti ricordati dal ROUSSEAU, *Op*. cit., p. 243-44 (ratifica del Trattato di Madrid del 14 genn. 1526 ed esecuzione del Trattato franco-americano del 4 luglio 1831), sono per la validità: validità:

- Cassaz. francese 25 luglio 1887 *(Recueil général des lois et des arrêts* (Sirey), XV (188ó-1888), parte I, p. 477 ss.), che riconosce la validità della Conv. italo-francese del 29 giugno 18ó2 sui diritti d'autore nonostante l'irregolarità costituzionale della stipulazione.

- Corte d'App. dell'Africa occid. francese, 8 febbr. e 1º marzo 1907 (stesso *Recueil,* 1908, parte II, p. 209 ss.), che riconosce la validità di certi trattati stipulati dalla Francia con certi gruppi indigeni della Senegambia nonostante il difetto di ratifica a norma della Costituzione;

- la questione anglo-irlandese ricordata da MCNAIR, *The Law of Treaties,* 1938, p. 42-43, nella quale il governo britannico respingeva la contestazione della

validità di certi accordi finanziari non ratificati dal legislativo avanzata dal governo irlandese;

- la conferma di validità del trattato Salomon-Lozano irregolarmente stipulato fra Columbia e Perù il 24 marzo 1922, contenuta nell'art. 2 del Protocollo di pace fra i due Stati del 24 maggio 1934 (LA PRADELLE, *Récueil général periodique et critique des decisions, conventions, et lois relatives au dr. internat. public et privé,* 1934, parte V, p. 15 ss., con nota LA PRADELLE);

- la decisione del Consiglio della SdN sulla pretesa invalidità del trattato turco-persiano di Erzerum del 1847 e del successivo Protocollo di Costantinopoli

del 4 novembre 1913 *(Recueil périodique,* ecc., cit. (La Pradelle), 1935, parte IV, p. 77 ss.), nella quale è detto fra l'altro che «le fait de ne pas se conformer aux dispositions constitutionnelles visant l'approbation ou la ratification parlementaire ne modifie en rien la validité, du point de vue du droit international, d'un traité ou protocole régulièrement conclu»;

- le stipulazionì e ratifiche da parte ceca dell'accordo di Monaco del 29 sett. 1938 (ratificato dal solo presidente della Repubblica contro l'art. 64, 1º della Costituzione, nonostante importasse cessione di territori) e della Conv. di Berlino del 15 marzo 1939 (con la quale il Presidente Hacha rimetteva il destino del popolo e dei paesi cechi nelle mani del Führer tedesco) (ROUSSEAU, *Op.* cit., p. 242 s.). L'atteggiamento assunto dal Comitato ceco nei confronti di questi accordi non ne esclude la validità, a nostro avviso, per il governo anteriore, ma pone piuttosto una questione di successione o di denuncia per altri motivi;

- il caso riportato dal MCNAIR, *Op.* cit., p. 38;

rarità delle contestazioni e del loro esito negativo per la validità del trattato, quanto il fatto che da un lato le norme invocate non rilevano dall'ordinamento internazionale più di quanto rilevino da quest'ordinamento le norme in base alle quali stipula un dittatore o un qualsiasi governo di fatto[729], e dall'altro l'indagine sulla rispondenza dell'atto ai requisiti richiesti dalle norme interne non esaurisce mai il problema della validità. La soluzione di questo problema è sempre determinata, oltre e più che dal confronto dell'atto con le norme interne (che lo contemplano agli effetti interindividuali interni), da una serie di elementi negativi e positivi la cui presenza può portare a riconoscere valido un trattato stipulato in maniera non conforme al diritto interno[730]. Questi elementi non risultano qualificati come sanatorie né da norme interne - perché altrimenti la questione non avrebbe ragion d'essere - né da norme internazionali, l'inesistenza delle quali è dimostrata dalla grande varietà degli atteggiamenti che assumono (e potrebbero

---

- la decisione HUBER nella controversia anglo-spagnola concernente le *Réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc, Annual Digest,* 1923-24, caso num. 8, sull'irrilevanza delle disposizioni costituzionali marocchine agli effetti della validità d'un accordo fra il Magzèn del Marocco e un agente diplomatico britannico;

- la risposta STIMSON alla contestazione da parte del Nicaragua della costituzionalita del Trattato Bryan-Chamorro del 1914 (HACKWORTH *Digest* cit., V,

p. 155) .... « this question of the *constitutionalitv of the treaty* is, so far as Nicaragua is concerned, *clearly one for the appropriate authorities of your country to deal with...* I am confident that when and if the U. S. Government decides to exercise the option granted to it under the Treaty, *the Government of Nicaragua will not fail* to take

whatever action may be considered necessary on its part to insure the proper realization of the objectives of the Treaty». (Ma v. in senso diverso le dichiarazioni dei Segretari di Stato americani Marcy (15 nov. 1854), Blaine (25 mar. 1881) e Foster (7 dic. 1892) riportate in MORRE, *Digest.* cit., V, p. 169-70);

- chiara nel senso dell'irrilevanza internazionale delle limitazioni è anche la decisione del Gabinetto argentino nel 1926 in merito alla validità dell'adesione argentina al Patto della SdN. effettuata con una nota del Ministro degli Esteri del 18 luglio 1919 e condizionata più tardi alla ratifica su approvazione della Camera che non ebbe mai luogo. In occasione della nomina della delegazione alla Conferenza del Disarmo, il Gabinetto decideva che l'A. sera membro della SdN dal punto di vista internazionale, ma non dal punto di vista costituzionale» (HARVARD LAW SCHOOL, *Research* cit., p. 1004);

- nello stesso senso è la prassi austro-ungarica esaminata dal BITTNEr, *Die Lehre von den völkerrechtlichen Vertragsurkunden,* Berlino e Lipsia, 1924, p. 81 ss.

Casi che depongono nel senso dell'invalidità sono a quanto pare quelli ricordati dalla HARVARD LAW SCHOOL, *Research* cit., p. 1003 (validità del trattato cino-giapponese del 1915) e 1005 (giurisprudenza francese). Ma i casi del secondo gruppo riguardano piuttosto l'esecuzione interna del trattato.

Per gli atti diversi dai trattati, due casi interessanti sono quello sorto davanti alla CORTE PERMANENTE DI GIUSTIZIA INTERNAZIONALE, in occasione della controversia della *Groenlandia orientale* (1933) a proposito delle *Dichiarazioni Ihlen,* Ministro degli Esteri di Norvegia, al Ministro di Danimarca (14 luglio 1919), e varie altre decisioni incidentali rese dalla stessa Corte in merito al valore delle dichiarazioni dei «rappresentanti» delle parti. Nel primo caso la Corte ha ritenuto impegnative le dichiarazioni del Ministro degli Esteri norvegese perché rese «in regard to a question falling within his province» (*Pubbl. Corte,* Serie A/B, num. 53, p. 71), confermando la tesi che il Ministro degli esteri - ed *a fortiori* il Capo dello Stato -, ha, in base al diritto internazionale, «poteri illimitati» di impegnare il suo paese (SCHWARZENBERG, *Op.* cit., I, p. 59). Al che il giudice ANZI LOTTI aggiungeva che la questione di sapere se il diritto costituzionale norvegese autorizzava il Ministro degli esteri a fare la dichiarazione non riguardava l'altra parte: «era obbligo (evidentemente interno) del Sig. Ihlen di astenersi dal dare la sua risposta prima di aver avuto i consensi eventualmente richiesti dalla legge norvegese» (Pubbl. cit., serie e num. cit., p. 91). Ma per altre affermazioni della Corte nello stesso senso v. SCHWARZENBEGER, *Op.* cit., I, p. 58, 391 s. La stessa opinione fu espressa dalla Corte a proposito dei dubbi avanzati dal rappresentante francese in merito alla validità d'una dichiarazione del rappresentante svizzero nel corso della controversia concernente le *Zone franche dell'Alta Savoia* (*Pubbl. Corte,* Serie A/B, n. 46, p. 70).

[729] Del che non sempre si tien conto quando si parla di «competenza» degli agenti. Non ne tiene conto, p. es., il WAGNON, *Op.* cit., p. 139 pr., quando ammette la validità dei trattati dei governi di fatto e non esita a negare quella dei trattati conclusi in violazione dei limiti costituzionali.

[730] Com'è avvenuto nella maggior parte dei casi citati nelle note precedenti.

assumere) rilievo per ciascuno Stato. Essi son collegati strettamente con l'oggetto e le circostanze della stipulazione di cui in ciascun caso si tratta ed alla situazione storico-politica (più che strettamente costituzionale) del paese. L'irregolarità d'un consenso può essere eliminata dalla semplice astensione degli altri organi dal rilevarla o dall'inizio dell'esecuzione. E una pronta reazione dell'opinione pubblica o del parlamento a un accordo regolarmente stipulato può determinare una situazione tale per cui l'organo competente debba ritirare il consenso internazionalmente dato (per non dir nulla dell'ipotesi che la reazione nel paese assuma addirittura le proporzioni d'una rivoluzione che porti al rovesciamento del governo stipulante)[731].

In queste condizioni, non sembra si possa parlare di «competenza» a stipulare se non con riferimento improprio alla situazione effettiva di individui in determinati posti o cariche o meglio al fatto che gl'individui stessi sono in condizione di esprimere materialmente il consenso del gruppo alla costituzione d'un vincolo in una determinata materia. Posizione che del resto non spetterà - anche se frequentemente è così - al solo esecutivo, ma anche al legislativo ed al giudiziario[732]. Non si tratta, cioè, di quella situazione giuridica più o meno esattamente definita per cui un atto determinato dell'agente (in sé e per sé o accompagnato da atti, pure determinati, di altri agenti) - tutti giuridicamente tenuti, gli agenti, a rispettare i limiti del loro mandato - produce quelle conseguenze che impropriamente vengono definite come atto o conseguenze dell'atto dell'ente morale. Oltre al difetto di determinazione giuridica dei vari atti ed atteggiamenti positivi o negativi che concorrono a realizzare la fattispecie del consenso del gruppo, manca nel nostro caso (sul piano internazionalistico) quel vincolo che costringe gl'individui agenti all'osservanza delle limitazioni costituzionali al loro potere[733]. Questo stato di cose si può anche esprimere con il concetto di «costituzione vivente» adoperato dal Verdross[734], purché sia chiaro che s'intende per tale non già la costituzione in senso materiale in funzione *normativa,* ma piuttosto 1a situazione storica complessiva che ne1 momento rilevante determina ed è determinata dalle norme costituzionali[735]. Così si corregge, a nostro e avviso, la dottrina che nega ogni valore alle limitazioni costituzionali per desumere una competenza illimitata dell'esecutivo dallo stesso diritto internazionale (ch'essa stessa non potrebbe desumere, almeno quando nega la soggettività degl'individui)[736], senza accedere alla dottrina che richiede come requisito del trattato il

---

[731] Per questa ipotesi v. BISCOTTINI, *Volontà e attività dello Stato* ecc. cit. più avanti. La «repudiation» da parte del governo restaurato di un accordo stipulato da un governo di fatto è un'ipotesi considerata dal MCNAIR, *The Law of Treaties* cit., p. 40 pr. (con riferimento ad un caso di dubbio valore).

[732] Un caso evidente in cui il potere giudiziario si è trovato in fatto chiamato dagli esecutivi stipulanti ad una funzione di integrazione (o smentita) del consenso del gruppo ad un impegno internazionale dello Stato è ricordato dallo Hyde, *Interrational Law* cit., II, p. 1384, nota 4.

[733] Per gli effetti interni delle limitazioni costituzionali come tali v. p. es., MOORE, *Digest,* V, p. 166*;* HYDE, *Op.* cit., II, p. 1383, s., che tendono però entrambi a confonderli, sia pure limitatamente, con quelli internazionalistici. La distinzione è netta in molti dei casi cit. sopra, note 377 e 373.

[734] *Völkerrecht* cit., p. 81 s., spec. 82; QUADRI, *Dir. internaz. pubbl*. cit, p. 92.

[735] Non a questo pensa il VERDROSS, che intende l'organizzazione degli Stati come il fenomeno *giuridico* corrispondente alla costituzione «effettiva» (*supra,* p. 223). Nel senso del testo dovrebbe invece intendere l'espressione il QUADRI, *Op.* 1. cit.

[736] V. ANZILOTTI, *Corso* cit., p. 329. Per una ricca rassegna di altre opinioni nello stesso senso, v., oltre al ROUSSEAU, *Op.* ll. cit., la HARWARD LAW SCHOOL, *Research* cit., spec. p. 398; BITTNER, *Die Lehre von den völkerrechtlichen Vertragsurkunden* cit., p. 86 ss.; CAVAGLIERI, *Règles générales du droit de la paix,* nel *Recueil* cit.,

rispetto delle norme costituzionali in sé e per sé[737]. Le norme vengono in considerazione, sì, ma come dati di fatto[738], ed altri fatti da esse non contemplati possono mutare la situazione[739].

In tema d'illecito, l'elemento più importante è fornito dalle decisioni giurisprudenziali che affermano la responsabilità dello Stato in ogni caso di attività che funzionari incompetenti abbiano posta in essere in veste materiale di organi. Tipiche le decisioni arbitrali del caso *Geroge W. Hopkins* (31 marzo 1926) da parte della Commissione mista Stati Uniti-Messico e del caso *Jean Baptiste Caire* da parte della Commissione Mista franco-messicana nel 1921[740]. Ma qui la dottrina è presso che pacifica[741], Si tratta solo di precisare l'esatta struttura del fenomeno, specie in relazione al concetto d'imputazione[742] ed ai casi di responsabilità per i c. d. «fatti d'individui»[743].

Anche sul piano specifico, dunque, la partecipazione degli enti in esame al

---

l929, I, p. 500-501.

[737] V. per tutti MIRKINE-GUETZEVITCH, *Dr. internat. et Dr. constitut,* cit p. 399 ss.; CHAILLEY, *Traités internationaux (théorie générale des),* nel *Répet. de dr. internat.* (De Lapradelle e Niboyet) Suppl., 1934, p. 319, ma spec. *La nature juridique* ecc. cit., p. 167 ss.; ROUSSEAU, *Op.* cit., p. 235 ss., spec. 248, e la letteratura ivi cit., nonchè quella riportata dalla HARVARD LAW SCHOOL, *Research* cit., p. 999 ss.

Come osserva il FITZMAURICE, *Do Treaties need Ratification?, British Year Book of Internat. Law,* 1934, p. 136: « ... it is submitted that the only rule which is both logical and readily applicable from the practical point of view is to the effect that states have no concern whatsoever with, and cannot as a general proposition be held to have any knowledge of each other's laws or constitutions; that a state which purports to become regularly bound by an international engagement by giving its international ratification thereto, or otherwise, must be presumed to have complied with all necessary internal constitutional requirements, and that other states are entitled to assume that this is so. If it afterwards turns out that such requirements have not in fact been complied with, the state *must* n*evertheless be regarded as being internationally bound* and cannot plead the failure in question as absolving it from its obligations: any state whose executive has placed it in this position must seek its remedy by proceeding internally against the executive in question or its individual members, and externally by denouncing the treaty at the earliest possible moment; but it cannot plead that the treaty is void *ab initio*».

Considerazioni ne]lo stesso senso in POTTER, *Inhibitions upon the Treaty-Making Power of the U. S., American Journal,* XXVIII (1934), p. 456 ss., spec. 461 s., 465 s., 466 s.

A1 diritto interno si riferisce il QUINCY WRIGHT, *The Constitutionality of Treaties, Am. Journal,* XIII, (1919), p. 250, quando osserva che «There are probably no limitations which could not be transcended in case of necessity, though this is a matter outside of the law. A treaty, although manifestly violating the Constitution, if necessary to secure peace, would, like revolution or intervention, be justified by its "success'' in preventing a worse situation. It would have to be accepted as a *fait accompli* by the courts and other organs of the government, but it would nevertheless be illegal in its origin».

[738] V. per tutti PERASSI, *Lezioni* cit., p. 117 in fine; AGO, *Le délit* cit., p. 49-50; MORELLI, *Nozioni* cit., 1951, p. 210.

[739] Solo così si spiega anche il fatto che, nonostante la prevalenza dei casi in cui l'invalidità da limitazioni costituzionali non è stata ammessa, molta parte della dottrina (come fa la stessa HARVARD LAW SCHOOL, nelle conclusioni della *Research* cit, p. 1008) attribuisca invece rilevanza alle limitazioni stesse.

[740] Il primo è in *Am. Journal* cit., XXI (1927), p. 160 ss. spec. 164 s.; e il secondo in *Annua1 Digest* cit., 1929-30, p. 146 ss. (caso n. 91, spec. p. 147), dove si afferma che la responsabilità sussiste quando i funzionari abbiano agito «at least apparently, as authorized officers, or that, in acting, they should have exercised powers or measures connected with their official character».

[741] La dottrina rileva largamente, sia pure non sempre nello stesso senso, la prevalenza dell'«effettività» (intesa come fatto materiale)) sulla «legittimità». Fra i tanti, nonostante la tendenza ad assimilare il fenomeno a quello dell'attività delle persone giuridiche, *Anzilotti, Corso* cit., 1928, p. 419 ss.; MARINONI, *La responsabilità degli Stati* ecc. cit., spec. 115 ss., 117-18 e *passim;* ROMANO, *Corso* cit., p. 271; SCERNI, *Responsabilità dello Stato* cit., p. 4 s. dell'estr.; AGO, *Le délit international* cit., p. 45 ss., spec. 59 (estr.); BISCOTTINI, *Volontà e attività dello Stato nell'ordinamento internazionale,* nella *Rvista di dir. internaz.,* 1942, p. 3 ss., *passim;* QUADRI, *Dir. internaz. pubbl.* cit., p. 317 ss., 320.

[742] *Infra,* num. 43 di questo Capitolo.

[743] *Infra,* num. 45.

commercio giuridico differisce profondamente dalla c. d. attività giuridicamente rilevante dalle persone giuridiche. La differenza si può riassumere nel rilievo che mentre negli enti morali l'elemento decisivo dell'eventuale riferimento di situazioni giuridiche all'ente è costituito sempre - anche a prescindere dai casi di rappresentanza - da attività giuridicamente rilevanti di individui qualificati, negli enti in esame l'elemento decisivo è costituito da un rapporto materiale fra gl'individui agenti ed il gruppo. Differenza che si può esprimere (impropriamente) dicendo che nel caso degli enti morali si avrebbe un'attività *giuridicamente composta dell'ente*, vale a dire che non c'è attività dell'ente (e non c'è l'ente stesso nel senso che s'è visto): nel nostro caso, invece, c'è un'attività *materialmente composta* dell'ente inteso come gruppo.

Questa netta contrapposizione è tuttavia in un certo contrasto sia con la dottrina dominante sia, in minor misura, con le dottrine più realistiche che le si oppongono.

35. - La ragione immediata che impedisce alla dottrina internazionalistica di risolvere in maniera soddisfacente il problema in esame è costituita soprattutto dalla tendenza a porre sul piano giuridico internazionale un fenomeno che per il diritto internazionale è un mero fatto. Con questa tendenza. Poi - e in certo senso in contrasto con essa - si trova abbinata per lo più l'abitudine già rilevata di alterare il fenomeno dell'attività giuridicamente rilevante dei soggetti e della sua «imputazione».

Tanto le dottrine più o meno recenti della rappresentanza quanto quelle che partono da concezioni giuridiche degli enti morali hanno il merito di svilupparsi sostanzialmente in una direzione unica: la giuridicizzazione dell'organizzazione di fatto degli enti soggetti. Dato che esse non concepiscono l'ente collettivo di fatto come possibile soggetto e non pensano ad un'attività *propria* delle persone giuridiche, esse tendono, puramente e semplicemente, a configurare un rapporto giuridico internazionale diretto o indiretto fra l'ente e l'agente, in forza del quale le conseguenze dell'attività giuridicamente rilevante dell'individuo si riverberebbero per il diritto internazionale sull'ente medesimo. Logicamente, esse non presentano alcuna incoerenza, e si rendono solo colpevoli dell'errore di metodo consistente nell'escludere deliberatamente la possibilità della soggettività giuridica di enti collettivi e nell'individuare a forza un rapporto giuridico di rappresentanza o rappresentanza organica in un fenomeno che per il diritto internazionale non ne presenta gli estremi.

La dottrina di maggioranza, invece, - e vi troviamo quasi tutti i dualisti - offre lo spettacolo esasperante dell'operare contemporaneo di due tendenze parallele a quelle che si contendono il campo nella teoria degli enti morali: la tendenza giuridica e la tendenza organica. Il fatto che questa dottrina, salvo eccezioni parziali, parta da concezioni tendenzialmente organicistiche degli enti morali dovrebbe portarla a riconoscere nei dati generici rilevati (e nella difficoltà evidente d'individuare nell'ordinamento internazionale un fenomeno di organizzazione giuridica dei gruppi) la migliore giustificazione delle teorie dalle quali prende le mosse. Dal che sarebbe derivata, forse, una salutare reazione all'applicazione di queste teorie alle persone giuridiche. La dottrina in questione, invece, ha voluto mantenere ciecamente fede da un lato alla concezione ibrida delle persone giuridiche e dall'altro all'assimilazione fra persone giuridiche ed enti collettivi di fatto; da un lato agli elementi giuridici che nessuna teoria organica varrà mai a cancellare nelle persone giuridiche e dall'altro all'idea dell'«attività» e «volontà» dell'ente morale. Da un

lato, seguendo e adattando la dottrina meno recente, che configura un rapporto (giuridico) di rappresentanza fra ente ed agente, essa procede, insieme con l'altra corrente, alla difficile e vana ricerca di quell'organizzazione o di quel rapporto giuridico che dovrebbe consentire di costruire la partecipazione degli enti soggetti al commercio giuridico ad immagine e somiglianza di quella delle persone giuridiche. Dall'altro lato essa non trascura nessuno degli accorgimenti con i quali i teorici generali costruiscono un'«attività» e una «volontà» giuridicamente rilevante diretta delle persone giuridiche. Essa ricorre, p. es., al concetto d'«imputazione giuridica» - in sostituzione o in aggiunta alla titolarità materiale della fattispecie o al riferimento (o imputazione) di conseguenze giuridiche -, per affermare che gli enti soggetti, come le persone giuridiche, pur agendo attraverso «organi» in senso giuridico, divengono titolari di fattispecie giuridiche. Ed allo stesso fine essa ricorre al concetto dell'organizzazione giuridica, come «tatto storico»[744]. Non mancano, invero, nell'ambito della dottrina di maggioranza, costruzioni più recenti che tendono a riconoscere agli enti soggetti dell'ordinamento internazionale la caratteristica loro propria di enti di fatto. È quel che fanno, per esempio, il Marinoni e l'Ago. Vedremo, tuttavia, le ragioni che rendono insoddisfacente anche questa dottrina e che ne hanno impedito lo sviluppo completo.

Il notevole grado di compenetrazione che sussiste, nelle teorie di maggioranza, fra il problema della natura (materiale o giuridica) dell'organizzazione degli enti soggetti e gli elementi di teoria generale e di teoria delle persone giuridiche su cui la stessa dottrina fa leva in sensi diversi, rende la revisione del problema estremamente complessa. Cercheremo quindi di considerare separatamente l'aspetto puramente internazionalistico e quello di teoria generale (sul quale ci siamo già fermati in tema di persone giuridiche). Ciò offre la possibilità di considerare insieme le teorie giuridiche (moniste) e le teorie giuridico-organiche (dualiste) sotto il primo aspetto.

§ II. - *La giuridicizzazione dell'organizzazione di fatto degli enti soggetti nella dottrina dominante (dualista e monista).*

36. - La dottrina meno recente giuridicizzava il fenomeno facendo capo allo stesso rapporto privatistico o pubblicistico di diritto interno, e in particolare ai concetti di mandato e di rappresentanza[745], salvo a distinguere la posizione di vero e proprio rappresentante del Capo dello Stato (*jus repraesentationis omnimodae)* e di altri organi da quella di meri rappresentanti «indiretti» conferita agli organi inferiori (agenti diplomatici)[746]. Al concetto di rappresentanza fa capo ancora, più o meno decisamente, quella parte della stessa dottrina contemporanea (specialmente anglosassone) che è rimasta relativamente immune, in materia di persone giuridiche, dal contagio organicistico. Il Capo dello Stato, il ministro degli esteri, gli agenti diplomatici, i funzionari sono, per queste dottrine, i «rappresentanti» diretti o indiretti dello Stato nei

---

[744] I teorici «giuridici» delle persone giuridiche (finora soltanto monisti) tendono a giuridicizzare il fenomeno dell'organizzazione degli enti. I seguaci delle teorie organiche e miste - che sono la maggioranza - procedono invece in due direzioni. Essi tendono da un lato a materializzare il fenomeno dell'organizzazione delle persone giuridiche e dall'altro a giuridicizzare quello dell'organizzazione degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale di quel tanto per cui riconoscono, loro malgrado, la giuridicità dell'organizzazione delle prime.

[745] V., p. es., VATTEI, *Droit des Gens moderne de l'Europe*, l. II, c. XII §§ 154, 156; KLÜBER, *Droit des Gens moderne de l'Europe,* ed. Ott. cit., §§ 21, 166, 170; PHILLIMORE, *Commentaries* cit., II (1882), p. 133 ss.

[746] V., p. es., GROZIO, *Op.* cit., l. II, C. XI, § XII; VATTEI, *Op.* cit., 2º l. cit.

rapporti internazionali[747].

Non è difficile rendersi conto che le teorie di questo gruppo sono assolutamente inadatte a spiegare fenomeni universalmente ammessi, e costituenti il vero banco di prova di qualunque costruzione della partecipazione degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale al commercio giuridico. La posizione del Capo dello Stato o di un governo illegittimo e quella dei funzionari di fatto o agenti fuori dei limiti della loro competenza non potrebbe evidentemente essere presentata come l'eccezione ad una regola che proprio in questi casi dovrebbe rivelare la sua esistenza. Questo rilievo è del resto implicito nelle riserve con le quali i suoi più moderni seguaci presentano la formula[748].

A parte questa considerazione, poi, le teorie stesse non giustificano la posizione di «rappresentanti» che gl'individui in questione assumerebbero. Non è possibile configurare un potere di rappresentanza del Capo dello Stato o di altro agente nell'ambito d'una teoria come quella monista della soggettività indiretta, perché il rappresentante non sarebbe soggetto allo stesso titolo del rappresentato. Tanto meno è possibile configurare un rapporto del genere nell'ambito di una concezione che escluda (come la teoria dualista) la soggettività degl'individui in modo assoluto. La rappresentanza implica notoriamente l'esistenza di due soggetti, ed implica soprattutto la soggettività del rappresentante a titolo uguale o più pieno (certo non *meno* pieno) del rappresentato.

37. - La maggior parte della dottrina relativamente più recente opera invece con il concetto di «organizzazione giuridica» e di «organo», per lo più nel senso giuridico-materiale che s'è visto in tema di enti morali. Essa sottintende sempre, inoltre, il concetto d'imputazione di fatti che pure abbiamo visto. La giuridicizzazione del fenomeno si manifesta quindi in essa nella ricerca di norme internazionali relative all'organizzazione dell'ente agli effetti dell'imputazione di atti giuridici internazionali[749]. Ricerca che nella teoria dualista è complicata dalla difficoltà di conciliare la rilevanza giuridica internazionale dell'organizzazione ad effetti esterni con l'indifferenza dell'ordinamento internazionale per la formazione, la struttura e la vita interna della comunità statuale[750]. Di qui lo sforzo di trovare una formula che lasci all'ordinamento

---

[747] OPPENHEIM'*s International Law* cit., I, p. 675 ss.; HYDE, *Op.* cit., II, p. 1374 ss., spec. 1383; FENWICK, *Op.* cit., p. 434 s., 459 ss. Dubitativamente ROSS, *Op.* cit., p. 196 ss., spec. 205-208. Per una critica al concetto di rappresentanza, v. CAVAGLIERI, *Gli organi esterni dello Stato e la loro posizione giuridica,* nella *Rivista it. per le scienze giur.*, LI (1912), p. 114-15. Nella dottrina straniera la formula detta rappresentanza è seguita generalmente da autori che non si dichiarano in modo netto né per la concezione dualista né per quella monista.

[748] V., p. es., ROSS , *Op.* cit, p. 205 ss.; FENWICK, *Op.* cit., p. 460. Osserva bene il POTTER, contro 1'applicazione del concetto di rappresentanza – esattamente, per noi, *dal solo punto di vista del diritto internazionale* -, che «The President and the Senate, especially the Senate, are not so much agents of the U.S. as embodiments of the U.S. itself» *(Inhibitions* cit., p. 467).

[749] Ci asterremo per quanto possibile dal formulare le teorie dominanti in termini d'«imputazione», per evitare l'equivoco che deriva da questo termine, con il quale si trovano designate tre cose diverse: l'imputazione materiale del fatto al suo autore, che è opera del giudice (o il fenomeno del collegamento del fatto con il soggetto che l'ha posto in essere od ha concorso a porlo in essere); il riferimento delle conseguenze giuridiche del fatto al soggetto (lo stesso soggetto autore materiale del fatto giuridico soggettivo o un soggetto diverso); e infine il preteso fenomeno dell'imputazione «giuridica» del fatto al suo autore o al soggetto per conto del quale l'autore ha agito. Come si è visto, la maggior parte della dottrina usa il concetto d'imputazione in quest'ultimo senso (*supra*, p. 128).

[750] V., per tutti ANZILOTTI, *Corso* cit., I (1928), p. 154 s., 235; ROSS, *Op.* cit., p. 205.

La manifestazione più acuta di questa difficoltà si trova nella teoria del1'accordo come fatto originario di produzione giuridica internazionale. Questa teoria presentava infatti il ricorso al diritto statuale come una necessità

internazionale una qualche funzione di «organizzazione» degli enti agli effetti esterni senza implicare la partecipazione di quell'ordinamento al regolamento della vita interna delle comunità corrispondenti.

Secondo il Triepel, l'ordinamento internazionale, «regolatore esclusivo dell'imputazione» di atti e fatti giuridici agli enti soggetti, non si occuperebbe, conformemente all'opinione generale, del rapporto fra lo «Stato»e l'organo, e rinvierebbe all'ordinamento di ciascun ente al fine della determinazione, in ciascun caso concreto, dell'esistenza o meno della competenza dell'agente di cui si tratta. Una volta determinato l'organo, poi, esso procederebbe all'imputazione all'ente delle azioni o dichiarazioni di volontà degli organi così risultati competenti indipendentemente dalle limitazioni poste alla competenza stessa dall'ordinamento interno sotto forma di obblighi o doveri dell'organo dato di valersi dell'opera di altri organi[751].

Accogliendo i due principii fondamentali della dottrina del Triepel, ma rifiutandosi di accettarne la conseguenza implicita che ad ogni caso d'incompetenza costituzionale corrispondesse la nullità dell'atto dal punto di vista del diritto internazionale, l'Anzilotti ha creduto di spiegare in un primo tempo l'«imputabilità» internazionale degli atti nulli o viziati dal punto di vista del diritto interno sulla base della «responsabilità»[752]. La dichiarazione di volontà insufficiente o viziata fatta dall'organo di uno Stato ad un altro Stato, «in condizioni tali che autorizzino quest'ultimo a riguardarla come una dichiarazione di volontà propria dello Stato nel cui nome viene emessa», costituirebbe un «fatto contrario al diritto internazionale» ed un fatto «imputabile allo Stato»: ciò «in forza di quel principio generale che riferisce allo Stato, come propri, gli atti contrari al diritto internazionale compiuti dai suoi organi in questa qualità, senza guardare se l'organo abbia o no violato in pari tempo il diritto interno»[753]. Lo Stato sarebbe dunque tenuto in base alla volontà quando costituzionalmente la volontà del Capo dello Stato fosse *giuridicamente* dello Stato *(secondo il diritto interno);* in base alla *responsabilità* negli altri casi[754]. In un secondo tempo, però - e sotto l'evidente influenza della teoria del

---

ineluttabile derivante dalla circostanza che il regolamento dell'organizzazione degli enti soggetti, in quanto preliminare rispetto alla formazione della volontà degli Stati nella quale il diritto internazionale avrebbe trovato la sua fonte prima, non poteva spettare che ad un ordinamento diverso da quello internazionale stesso.

[751] V. TRIEPEL, Dir. *internaz. e interno* cit. (vers. ital.), p. 238 ss., 240 s. Per l'interpretazione in questo senso del pensiero del Triepel, v. ANZILOTTI, *Volontà e responsabilità nella stipulaz. dei trattati internaz.*, nella *Rivista di dir. internaz.*, l910, p. 11 s.

Secondo il Triepel *(Op.* cit., p. 241-42), «se una persona abilitata dal diritto interno a rappresentare lo Stato rende delle dichiarazioni di volontà, queste sono considerate, a norma del principio di diritto internazionale "generale'', sempre e incondizionatamente efficaci, quand'anche manchino le condizioni senza le quali, a mente del diritto interno, il rappresentante non *deve* agire nei rapporti con l'estero, ovvero l'esecuzione mediante legge interna dell'impegno internazionale contratto non *possa* essere da lui realizzata».

[752] ANZILOTTI, *Volontà e resp.* cit., p. 41 ss. Per il riferimento al diritto interno in linea di principio (a parte la teoria da lui sostenuta in seguito), v., dell'A., anche *Alcune consideraz. Sull'approv. parlam. dei trattati* ecc., nella *Rivista* cit., IV (1909), p. 471

[753] *Volontà e responsabilità,* cit., p. 42.

[754] *Scr.* cit., spec. p. 44 ss. Così altri scrittori. Si fa una riserva, però, da alcuni autori, per gli atti compiuti in aperta violazione dalla costituzione e che non darebbero luogo a responsabilità (BASDEVANT, *La conclusion et la rédaction* cit., p. 580 ss.; VERDROSS, *Règles générales* cit., p. 300).

Alla «responsabilità» in un senso diverso alludono lo SCHOEN, *Staatsvertrage,* nel *Wörterbuch des Völkerrechts* cit., II, p. 659 s.; la HARWARD LAW SCHOOL, *Research in International Law,* cit., *Draft Convention on the Law of Treaties,* art. 21, *Am. Journal,* 1935, Suppl. cit., Parte III, p. 992, e MCNAIR, *Constitutional Limitations Upon the Treaty-Making Power* in ARNOLD, *Treaty-Making Procedure,* Oxford Univ. Press, 1933, p. 6. In senso analogo

Marinoni da un lato[755] e della teoria del Kelsen dall'altro[756] - l'A. è addivenuto ad una costruzione che non solo abbandona il criterio della responsabilità, ma riduce considerevolmente, se non del tutto, la portata dello stesso rinvio, rifacendosi piuttosto alla posizione effettiva dell'agente. Confermato il principio che la determinazione dei «presupposti» dell'«imputazione» a effetti internazionali sarebbe funzione dell'ordinamento internazionale stesso, l'A. rileva, in linea di massima, la possibilità che l'ordinamento internazionale rinvii agli ordinamenti interni per la determinazione dell'esistenza o meno dei presupposti medesimi[757]. All'atto pratico, però, egli escluderebbe che ciò avvenga in materia di stipulazione di trattati[758] e ammette l'esistenza di un rinvio nell'imputazione dell'illecito[759] solo agli effetti positivi: nel senso che un rinvio al diritto interno avrebbe luogo agli effetti della determinazione della competenza dell'organo ma sarebbe escluso agli effetti della determinazione dell'incompetenza[760]. Negato così implicitamente ogni valore alle norme interne, l'Anzilotti finisce per far poggiare in sostanza l'«imputazione» «giuridica» internazionale sulla sola qualità «effettiva» di agente[761]. Questo principio sarebbe abbandonato nel caso degli agenti diplomatici nel quale si avrebbe, secondo l'Anzilotti, una vera e propria attribuzione di competenza all'organo per effetto dell'accreditamento[762].

Precisando i punti di partenza delle teorie del Triepel e dell'Anzilotti, il Perassi imposta il problema sulla base di due principî. Da un lato egli afferma - più esplicitamente di quanto non facesse la dottrina anteriore - che l'ordinamento internazionale («generale») s'ispira al principio della «libertà di auto-organizzazione» dei soggetti, astenendosi dall'imporre agli Stati una data struttura: principio che dal punto di vista del diritto internazionale sarebbe assoluto[763]. D'altra parte, egli si rifà al principio -

---

COBBETT, Cases cit., I, p. 335-36.

[755] *Infra*, p. 353 s.

[756] *Infra*, p. 349 ss.

[757] *Corso* cit., p. 230 s., 325, 418 s

[758] *Corso*,. p. 327, 329.

L'A. afferma invero che il rinvio vi sarebbe in un certo senso, ma aggiunge che è Capo dello Stato l'individuo o il collegio che agisce come tale (*qui actu regit)* (p. 234) e che il diritto internazionale «imputa allo Stato» la dichiarazione di volontà del Capo dello Stato senza tener conto delle disposizioni costituzionali che ne *limitano la competenza o gl'impongono dei doveri* (p. 329). Dove è chiaro che decide dell'«imputazione» la mera situazione di fatto

[759] *Corso*, p. 418-19.

[760] *Corso*, p. 419-20.

[761] È sempre a questo principio, in sostanza, che l'Anzilotti si rifà anche nei casi in cui gli Stati sogliono procedere ad atti particolari di certificazione della qualità di agente, come i segni distintivi dei «combattenti» e la notificazione dei mutamenti della persona del Capo dello Stato *(Corso* cit., p. 231, 233-34, 254 s.).

A proposito della notificazione dei mutamenti della persona del Capo dello Stato, l'A. precisa - *Cours* cit. (vers. franc.), p. 255 s. - che «Une fois que le rapport est affirmé dans le modes voulus, le droit international procède d'une manière complètement autonome, soit en imputant a l'Etat la totalité, en général des manifestations de volonté et d'activité de l'individu, dans la mesure où il se comporte comme organe étatique, qui présentent une pertinence pour les relations internationales, soit en imputant à l'Etat seulement des manifestations déterminées qui se relient avec la fonction spéciale de l'organe». Ma che la notificazione, così come è intesa dall'A., non costituisca l'elemento decisivo è dimostrato dalla chiara ammissione che il suo valore è interamente subordinato alla sua rispondenza alla situazione di fatto dell'individuo o del gruppo d'individui di cui si tratta nella posizione di Capo dello Stato *(Cours* cit., p. 258-259) e che la sua mancanza non costituisce un motivo per non «imputare» allo Stato l'attività dell'«organo» In senso analogo MARINONI, *La responsabilità* cit., ll. ult. cit.

[762] *Corso* cit., p. 247-43.

[763] Vero è che il P. parla (*Lezioni* cit., I, p. 118 pr.) di «*una* libertà» e non di *piena* «libertà». Ma da un lato non

valido per l'ordinamento internazionale come per qualunque altro ordinamento - che l'«organizzazione di un ente, in quanto questo agisce come soggetto di un determinato ordinamento..., ossia il complesso delle norme giuridiche che determinano le condizioni alle quali è riferibile all'ente, come sua propria, una dichiarazione di volontà od un'azione che è esplicata da determinati individui[764], *appartiene al medesimo ordinamento giuridico rispetto al quale l'ente si considera soggetto*»[765]. Anche nell`ordinamento internazionale, quindi, vi sarebbero delle norme che regolano l'organizzazione degli enti soggetti agli effetti dell'«imputazione giuridica».

Quanto al modo di essere di queste norme, però, esse non fisserebbero direttamente e in modo uniforme per tutti gli Stati i presupposti dell'attribuzione di una volontà o di un'azione all'ente. A questa determinazione esse perverrebbero soltanto per via «indiretta». Le norme in questione, precisamente, conterrebbero una «variabile, che non si può determinare che con il riferimento all'ordinamento giuridico interno di un dato Stato; esse, nel loro concreto funzionamento, operano in connessione con l'ordinamento di uno Stato determinato, da cui viene determinata quella variabile»[766]. Formulato così il principio generale del rinvio non recettizio - fin qui in modo analogo al Triepel e all'Anzilotti salvo che per il concetto di «variabile» -, la teoria in esame passa a precisare questo concetto avvertendo che il rinvio operato agli ordinamenti interni degli Stati (attraverso la «variabile») non supplirebbe che ad una parte del contenuto delle norme dell'ordinamento internazionale che contemplano l'organizzazione interna dell'ente. «La misura, nella quale l'ordinamento interno è il punto di riferimento per la concreta determinazione del contenuto che la norma internazionale assume per un determinato Stato, è stabilita dalla stessa norma del diritto internazionale liberamente. Questa misura può essere tale che la norma internazionale, mediante quel procedimento di rinvio, assuma come presupposti *tutti* quelli che secondo le norme dell'ordinamento interno di uno Stato si richiedono perché una dichiarazione di volontà od un'azione siano riferite come proprie a questo Stato»; nel qual caso «il riferimento all'ordinamento interno significa che la valutazione dell'esistenza di una volontà di uno Stato o dell'imputazione di un'azione ad esso coincide necessariamente con la valutazione risultante dalle norme del diritto interno di quello Stato». La norma di diritto internazionale potrebbe d'altra parte anche «limitare il rinvio all'ordinamento interno di ciascuno Stato... riferendosi soltanto ad alcune norme del diritto interno»: «non facendo, quindi, propri *tutti* i presupposti richiesti da questo diritto». In quest'altra ipotesi, «le norme interne, alle quali

---

parla di *una certa* «libertà» e dall'altro afferma esplicitamente che «Si può rilevare qualche caso di norme internazionali in base alle quali certi Stati sono obbligati a dare alla loro organizzazione un determinato modo di essere, ma si tratta di norme particolari *ed* eccezionali»: si tratterebbe cioè di norme eccezionali e *sempre* di diritto particolare. Per il diritto internazionale generale, quindi, la libertà sarebbe assoluta. Questo punto, come vedremo, è importante ai fini dell'esame critico della teoria.

[764] Qui si applica il concetto ricordato d'imputazione giuridica

[765] PERASSI, *Lezioni* cit., I, p. 116 (il corsivo è mio). La teoria del Perassi è condivisa, sostanzialmente, dal BALLADORE PALLIERI, *Dir. internaz. pubbl.* cit., p. 89 ss.; dal BALDONI, *Gli organi ecc.* cit.; dal MORELLI, *Nozioni* cit., p. 203 ss.; dal MONACO, *Manuale* cit., p. 207 ss. spec. 209-10. Di questi autori, il Morelli accentua peraltro notevolmente la natura di fatto dell'organizzazione, avvicinandosi alla posizione del .Marinoni e dell'Ago (*infra*). Egli insiste chiaramente, d'altra parte (al pari del Balladore Pallieri e del Monaco), sul secondo punto del Perassi ricordato nel testo (p. 205-206): ivi compreso il concetto d'imputazione giuridica (p. 204).

[766] PERASSI, *Op.* cit., p. 118-19.

quella internazionale non si estende per determinare il proprio contenuto, hanno bensì anch'esse lo scopo di regolare l'esplicazione di attività dello Stato determinando gli organi competenti, ma esse non vengono in considerazione agli effetti di determinare l'attribuzione di una dichiarazione di volontà o di un fatto allo Stato come soggetto di diritto internazionale appunto perché la norma internazionale, *da cui è regolata tale attribuzione*, non si richiama ad esse, e quindi esse sono internazionalmente irrilevanti»[767]. La questione di sapere se si verifichi l'una o l'altra ipotesi va risolta caso per caso, a seconda del tipo di atto di cui si tratta. In linea generale si può soltanto rilevare una maggiore ampiezza della variabile - ossia un rinvio più «penetrante» al diritto interno - nella stipulazione dei trattati, ed una tendenza alla più diretta determinazione dei presupposti dell'imputazione da parte dell'ordinamento internazionale stesso nel caso degli atti illeciti. Accanto alle norme generali, poi, direttamente o indirettamente regolanti l'organizzazione dell'ente, anche secondo il Perassi l'ordinamento internazionale conterrebbe altre norme intese o ad assicurare l'accertamento della qualità di «organo» o ad istituire organi apposti. Il primo sarebbe il caso della notificazione dell'assunzione di una persona a Capo dello Stato e dei segni distintivi dei combattenti. Il secondo - il solo che interessi dal nostro punto di vista - sarebbe quello dell'atto di accreditamento degli agenti diplomatici e delle norme che determinerebbero direttamente la competenza dei comandanti supremi a dichiarare internazionalmente la volontà dello Stato in alcuni atti attinenti alle operazioni belliche[768]. Fenomeni in virtù dei quali si avrebbe la creazione di organi o di competenze da parte dell'ordinamento internazionale[769].

38. - Le teorie descritte appaiono tutte viziate, per un verso o per l'altro - e quale che sia la misura in cui ciascuna di esse riesce a giustificare apparentemente i fenomeni che sfuggono alle teorie della rappresentanza sopra criticate - da errori logici o tecnico-giuridici, eliminati i quali non resta in piedi nessun dato su cui far poggiare la giuridicità dell'organizzazione degli enti soggetti. Gli errori più gravi - e generalmente non rilevati - consistono nel ritenere conciliabile la giuridicità dell'organizzazione degli enti soggetti sia con il difetto di soggettività degli individui sia con la natura di fatto degli enti soggetti medesimi. In seconda linea, poi, va rilevata l'insufficienza delle formule tecnico-giuridiche escogitate dalle stesse dottrine per giustificare la pretesa giuridicità dell'organizzazione degli enti soggetti.

A) Un appunto preliminare alle tre teorie riferite è che la sostituzione d'un rapporto «giuridico-organico» a quello di rappresentanza non elimina che in apparenza la difficoltà costituita dal difetto di soggettività internazionale degl'individui. Vero è che si legge con molta frequenza anche nella dottrina internazionalistica che, mentre il rapporto di rappresentanza presuppone l'esistenza di *due* soggetti, quello fra l'agente e la p. g. ne presuppone *uno*[770]. Si è già avuto occasione di rilevare, tuttavia, come questa opinione si

---

[767] Il Perassi formula qui in termini più strettamente tecnici le limitazioni già poste dal Triepel e dall'Anzilotti al rinvio al diritto interno.

[768] PERASSI, *Lezioni* cit., p. 125-26 ss., 147.

[769] PERASSI, *Lezioni*, p. 126 pr.; VERDROSS, *Règles gén.* cit., p. 300 s.; MONACO, *L'armistizio nel sistema degli accordi internazionali*, Milano, 1941, p. 29 ss.

[770] V. i riferimenti *supra*, p. 137 ss., in nota, e aggiungi ANZILOTTI, *Corso* cit., 1928, p. 228-299; PERASSI, *Lezioni*, cit., I, p. 176. L'affermazione è per noi esatta solo per gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale (e come

fondi su di un equivoco, e che in tanto degli enti non soggetti o incapaci in funzione di meri *nuncii* possono agire per l'ente morale, in quanto l'attività meramente materiale da loro posta in essere sia materialmente fatta propria da persone fisiche in possesso dei requisiti necessari per agire validamente anche per conto proprio e in rapporto di rappresentanza rispetto all'ente[771]. Tornando alla nostra questione, dunque, le dottrine che operano sulla base dell'esclusione della soggettività degl'individui e tendono a raffigurarsi l'organizzazione degli enti in esame come un'organizzazione «regolata» dall'ordinamento internazionale non eliminano la contraddizione qualificando il rapporto fra l'individuo agente e l'ente come rapporto «giuridico-organico». Di rapporto «organico» si potrebbe parlare, nonostante l'assenza di soggettività negl'individui, se l'interposizione organica alla quale si allude rientrasse nella figura del *nuncius* (come vedremo essere il caso, almeno in un certo senso). Ciò escluderebbe, d'altra parte, la giuridicità dell'organizzazione come presupposto dell'«imputazione».

39. - *B*) Ma l'illusione fondamentale delle dottrine in esame - comune, come vedremo, alle teorie moniste - è l'idea di poter conciliare la giuridicità internazionale dell'organizzazione degli enti agli effetti della loro partecipazione al commercio giuridico con l'atteggiamento passivo dell'ordinamento internazionale stesso nei confronti della loro organizzazione interna. È l'illusione, in sostanza, di potere scindere il modo di essere dell'ente ad effetti interni dal suo modo di essere ad effetti esterni[772].

L'ammissione presso che unanime della passività dell'ordinamento internazionale nei confronti dell'organizzazione dei soggetti - atteggiamento perfettamente conforme alla passività dell'ordinamento stesso nei confronti della nascita, estinzione e modificazione degli Stati - dovrebbe avere come conseguenza logica il riconoscimento della natura di fatto dei mezzi attraverso i quali gli Stati partecipano al commercio giuridico internazionale. Quell'affermazione, infatti, equivale a dire che l'ordinamento internazionale non contiene valutazioni che, indirizzandosi ai componenti le società statuali, costituiscano fra questi dei diritti od obblighi relativi alla formazione, alle modifiche ed allo scioglimento dell'organizzazione di cui fanno parte. *A fortiori* bisognerebbe escludere che l'ordinamento internazionale «organizzi» la società statuale agli effetti esterni, perché si è visto che la soggettività e l'organizzazione dell'ente morale sono due fenomeni strettamente connessi[773]. Ammettere che l'ordinamento internazionale si disinteressa della struttura della realtà sociale sottostante al fenomeno di soggettività giuridica - che è un altro modo di dire che gl'individui non sono soggetti di diritto internazionale - equivale ad ammettere che l'organizzazione degli enti soggetti è un mero fatto *anche agli effetti esterni.*

Le dottrine in questione invero, credono di sfuggire a questa conseguenza con una costruzione ibrida che dovrebbe da un lato far salvo il principio negativo e dall'altro consentire una costruzione giuridica dell'«imputazione». *a*) Da un lato esse sostituiscono

---

la esprime, più o meno deliberatamente, il MORELLI, *Nozioni* cit., l95l, p. 339 pr.).

[771] *Supra*, p. l00 s.

[772] Anche per noi, come vedremo (*infra*, Cap. seg, § II, ma già *supra*, p. 188*)*, l'ente soggetto di diritto internazionale è diverso dall'ente soggetto di diritto interno. Ma ciò nel senso che si tratta di enti *diversi*, non nel senso che si tratti di *due facce* o *atteggiamenti* o *qualifiche dello stesso ente.* La dottrina dominante, come s'è detto, vede le cose nel secondo modo *(supra*, p. 25-29).

[773] *Supra*, p. 56 s., 79 ss.

alla formula dell'irrilevanza internazionale dell'organizzazione la formula della «libertà» dei soggetti di darsi l'organizzazione che credono («libertà di auto-organizzazione *degli Stati*»)[774]: formula che dovrebbe assicurare la partecipazione al commercio giuridico internazionale di qualunque Stato quale che sia la sua organizzazione e impedire agli altri d'immischiarsi nella sua struttura interna. *b*) Dall'altro lato esse affermano che l'organizzazione dell'ente agli effetti della sua partecipazione al commercio giuridico internazionale sarebbe un fenomeno giuridico internazionale[775]: principio che si fa discendere senz'altro dalla «legge» secondo la quale i mezzi di partecipazione al commercio giuridico da parte degli «enti collettivi» (= enti morali) sono «regolati» dall'ordinamento nell'ambito del quale l'ente opera[776]. Ed è naturale che su questa base ci si debba poi sforzare di trovare nell'ordinamento internazionale i «presupposti» *giuridici* dell'«imputazione». A ben guardare non è esatta nessuna delle due affermazioni. Ciascuna di esse, inoltre, è inconciliabile con l'altra.

a) Parlare di «libertà di *auto*-organizzazione» degli Stati dal punto di vista del diritto internazionale è altrettanto improprio quanto parlare di libertà di *auto*-organizzazione delle persone giuridiche nel diritto interno. Di libertà di associazione, e della libertà che questa implica di organizzarsi in associazioni (in qualunque modo che non sia in contrasto con la legge), sono titolari gl'individui. Non sono né potrebbero esserlo le stesse associazioni che esistono solo dopo che gl'individui le abbiano (liberamente o non liberamente) costituite. Se nell'ordinamento internazionale vi fosse un fenomeno analogo, i titolari di una «libertà di organizzazione» (intesa in senso giuridico positivo o negativo) *potrebbero* essere soltanto gl'individui che ne fanno parte. Non potrebb'esserne titolare l'ente risultante dall'organizzazione perché esso costituisce un *posterius* rispetto al processo di organizzazione. Gl'individui, però, a loro volta, non sono soggetti dell'ordinamento internazionale né in senso positivo né negativo, o lo sono «indirettamente». Non si può parlare quindi né di una loro libertà *giuridica,* né di una loro libertà di fatto di organizzazione. E se non c'è nessuno che abbia diritto, dovere, potere o libertà di organizzarsi, non c'è che da concludere che ci si trova di fronte ad un'organizzazione di fatto, in sé e per sé giuridicamente irrilevante (salvo in quanto e nei limiti in cui dia luogo, a un certo punto, al fenomeno della realizzazione di comportamenti giuridicamente rilevanti *delI'ente* in fatto organizzato).

b) Non è esatta, poi, la seconda affermazione, almeno nel senso di una legge inevitabile per qualsiasi ente collettivo. È senza dubbio esatto, a nostro avviso, che non vi è persona giuridica i cui mezzi di partecipazione al commercio giuridico non siano determinati dall'ordinamento. È perlomeno aprioristico, però, ritenere che lo stesso principio valga per qualunque ente. Esso non vale certamente per le persone fisiche, nonostante che anche per esse si sia affermato, da certi teorici dell'«imputazione di fatti», essere i loro mezzi di azione contemplati dal diritto[777]. Ma non vale nemmeno per tutti gli enti collettivi, perché nulla impedisce, come si è detto, che il diritto assuma a soggetto

---

[774] PERASSI, *Lezioni* cit., I, p. 118, 119 pr.

[775] PERASSI, *Lezioni* cit., I, p. 116, 118.

[776] PERASSI, *Op*. l. ult. cit.

[777] V. BALDONI, *Gli organi* ecc. cit., p. 355-58. Implicitamente ANZILOTTI, *Corso,* p. 227 s., e tutti i teorici dell'« imputazione *giuridica* di fatti».

un ente quale in fatto so presenta attribuendo rilevanza ai fatti del gruppo stesso: ai fatti, cioè, posti in essere dai membri dell'ente o da membri *materialmente* qualificati[778].

c) A parte queste considerazioni, poi, è il rapporto fra le due affermazioni che non regge. Dire che gli Stati sono assolutamente liberi di darsi l'organizzazione che vogliono, significa che essi devono poter agire in modo giuridicamente rilevante attraverso i mezzi che preferiscono. Parallelamente, dire che l'organizzazione dello Stato-soggetto è un mero fatto per l'ordinamento internazionale, significa dire che è sempre lo Stato che in fatto agisce ogniqualvolta agiscano i suoi membri o la sua organizzazione: salvo a vedere di volta in volta se si tratti di attività giuridicamente rilevante o meno. In queste condizioni, dire che vi sono delle norme di diritto internazionale che stabiliscono quali dichiarazioni, o le dichiarazioni di quali individui, debbano essere «imputate giuridicamente» o debbano produrre effetti per l'ente soggetto è un controsenso.

40. - *C*) Venendo alle singole formule alle quali le dottrine in esame ricorrono per giustificare la giuridicità dell'organizzazione degli enti soggetti, quella del rinvio certamente non contiene, così come si presenta nell'ambito della teoria dualista, elementi che giustifichino la considerazione dei presupposti che ne verrebbero determinati come dei presupposti giuridici. Gli stessi autori che sostengono questa teoria qualificano il rinvio in questione come «non recettizio» o condizionante[779]. Ma poiché nel rinvio condizionante il contenuto delle norme relative all'oggetto per il quale il richiamo è effettuato costituisce un elemento della *fattispecie* e non del *dispositivo* della regola[780], e chiaro che il presupposto della c. d. imputazione resta sempre un fatto[781]. Poiché, dunque, stando alle teorie in esame, il dispositivo della norma internazionale consisterebbe nell'attribuire all'ente soggetto l'attività dell'organo quando tale attività è attribuita all'ente da una norma interna, la norma internazionale avrebbe per *fattispecie* l'essere l'attività dell'individuo riferibile all'ente e come dispositivo il fatto del riferimento stesso. Altro caso evidente di *correlazione* tautologica[782].

Esclusa la giuridicità dei presupposti da determinarsi mediante rinvio - ed a parte i casi speciali che vedremo - del «giuridico» non resta più nulla, perché nessuno degli altri criteri d'ordine generale ai quali l'ordinamento internazionale s'ispirerebbe presenta gli estremi della qualificazione giuridica. Nella teoria del Triepel, non si vede proprio che cosa, se non il fatto che l'individuo-organo abbia agito in una certa posizione di fatto rispetto al gruppo, giustifichi l'imputazione all'ente soggetto dell'attività o volontà di quegl'individui-organi che violino le limitazioni poste alla loro competenza dal diritto

---

[778] *Supra*, p. 140 s. Qui la dottrina dualista ricalca, a ben guardare, l'apriorismo monista del carattere necessariamente interindividuale del diritto.

[779] MARINONI, *La responsabilità degli Stati* cit., p. 83 ss. spec. 91 s.; ANZILOTTI, *Corso* cit., 1928, p. 230-31, TRIEPEL, *Diritto internazionale e interno* (vers. ital.), cit., p. 225 ss. e 161 il quale parla di «norme in bianco», che «non operano recezione»; BALDONI, *Gli organi* cit., p. 360. Del TRIEPEL v. anche *Les rapports entre la dr. interne et le dr. internat.*, nel *Recueil d. Cours* cit., 1923, p. 95 ss.

[780] Per questo concetto, v. *supra*, p. 239-40.

[781] È molto strana, p. es., l'insistenza dell'Anzilotti - nella teoria della prima maniera (*supra*, p. 338) - sul concetto della giuridicità della volontà dello Stato nei casi in cui la competenza sussisterebbe in virtù del diritto interno richiamato: «Quando il diritto internazionale collega il sorgere di diritti o di obblighi ad una manifestazione di volontà dello Stato - osserva, p. es., l'A. citato -, ci riferiamo senza dubbio a quella che *giuridicamente* (corsivo nell'originale) è volontà dello Stato, cioè alla volontà di chi, secondo la costituzione, è investito del potere giuridico di formarne e manifestarne la volontà» *(Volontà e responsabilità* cit., p. 28-29).

[782] *Supra*, p. 230 s., 240.

interno dal quale indirettamente risulterebbero legittimati ad agire per lo Stato[783]. Né ad altro se non a un elemento di fatto del genere si può pensare per quanto riguarda quel criterio della responsabilità che avrebbe consentito, secondo l'Anzilotti prima maniera, d'«imputare» allo Stato 1e azioni di organi incompetenti secondo il diritto interno richiamato. La responsabilità è a sua volta una situazione giuridica che presuppone la realizzazione di una fattispecie e la sua «imputazione» al soggetto[784]. A meno di non cacciare il problema in un circolo vizioso, dunque, una volta esclusa la «competenza» dell'agente sulla base del rinvio non resta che il fatto. Ed al fatto del resto allude chiaramente l'Anzilotti stesso, allorché pone a fondamento della «responsabilità» - responsabilità che è comunque strano porre a fondamento del vincolo contrattuale stipulato da organi incompetenti[785] - la circostanza che l'«organo» si presenti o agisca in fatto nella veste materiale di «organo». Né si vede a che cosa, se non ad una situazione di fatto dell'«organo» riporti in ultima analisi il fondamento dell'«imputazione» l'Anzilotti seconda maniera. Per quanto riguarda la «competenza» a stipulare, l'Anzilotti chiaramente esclude persino il rinvio, dichiarando «competente» l'organo che in fatto detiene il potere. La notificazione dei mutamenti del Capo dello Stato non sarebbe decisiva, secondo l'illustre Autore, in quanto non stipulerebbe validamente se non chi detenga anche il potere effettivo, e il Capo dello Stato effettivamente esercitante il potere stipulerebbe validamente anche in difetto di notificazione (*qui actu regit*). Quanto alla responsabilità da illecito, dire che l'«organo» impegnerebbe lo Stato in base al rinvio al diritto interno se il diritto interno lo dichiara competente ma lo impegnerebbe lo stesso se, pur essendo incompetente secondo il diritto interno, esso abbia agito *effettivamente* in qualità materiale di organo, è lo stesso che dire che la situazione effettiva è la sola cosa che conti.

Una volta posto che ci troviamo di fronte a un mero dato di fatto sia nel caso di rinvio sia nel caso in cui l'ordinamento internazionale procederebbe per proprio conto, non sembra che i termini del problema risultino modificati dall'ingegnosa costruzione del rinvio come variabile. Anche in questo caso, il regolamento dell'organizzazione dell'ente agli effetti esterni resta una mera apparenza. A innanzi tutto da escludere, stando alla dottrina in esame, che la giuridicità internazionale dell'organizzazione degli Stati sia assicurata attraverso la stessa «variabile». Ciò sarebbe possibile solo a patto di concepire la «variabile» come una forma di rinvio di «produzione giuridica» (o altra forma equivalente): rinvio mediante il quale l'ordinamento internazionale facesse proprie, per così dire, le norme interne di organizzazione. Ma ciò è escluso sia dalla formulazione della teoria in esame, che allude sicuramente, a nostro avviso, a una forma di rinvio condizionante, sia dal fatto che la recezione delle norme interne di organizzazione

[783] Osserva, del resto, il MARINONI, *Della efficacia giuridica dell'ordine di esecuzione di un trattato emanato con decreto reale, Foro ven.*, 1912, n. 17, p. 9 s. dell'estr. e *La responsabilità degli Stati* cit., p. 85-87, che se si ricorre al dirittocostituzionale non si può accettarne le disposizioni che conferiscono la competenza per respingere le norme che la limitano. Non esiste in diritto interno «una astratta competenza a stipulare trattati», ma esistono norme che stabiliscono le condizioni alle quali un individuo ha il potere di stipulare: e se le condizioni non sono soddisfatte, la stipulazione non è valida. La norma che conferisce la competenza generica va interpretata «nel completo sistema delle norme interne costituzionali»: che è il *contesto* di cui abbiamo detto sopra p. 294 ss.

[784] In senso analogo MARINONI, *La responsabilità* cit., p. 106 ss.; BISCOTTINI, *Volontà e attività* cit., p. 10.

[785] Cfr. CHAILLEY, *La nature juridique* ecc. cit., p. 191 s.; e in senso conforme ROUSSEAU, *Op.* cit, p. 240.

nell'ordinamento internazionale sarebbe possibile solo a patto di abbandonare la concezione dualista del rapporto fra diritto internazionale e diritto interno dalla quale la teoria stessa muove.

Resta dunque solo la determinazione diretta da parte dell'ordinamento internazionale nei casi in cui la variabile non opererebbe. Anche qui, però - ed a prescindere da quanto si dirà in merito agli agenti diplomatici ed ai comandanti supremi - , a parte il fatto che basterebbe che per un solo atto questo margine di azione diretta dell'ordinamento internazionale fosse nullo perché la giuridicità dell'organizzazione dello Stato dal punto di vista dell'ordinamento internazionale venisse meno (e la dottrina in esame non sembra escludere questa possibilità): - a parte ciò, dico, sta di fatto che questo margine resta sempre riservato, secondo la dottrina in esame, alla cosiddetta *«libertà* di auto-organizzazione» degli Stati. «Libertà» che essendo totale (almeno in linea di principio e dal punto di vista del diritto internazionale «generale»), evidentemente esclude qualsiasi forma di disciplina dell'organizzazione da parte dell'ordinamento[786].

41. - Se si eccettua la loro maggiore coerenza logica, le teorie moniste della giuridicità dell'organizzazione non differiscono gran che dalle teorie dualiste. Gli elementi che le rendono logicamente più coerenti sono in sostanza degli artifizi logici.

a) Le formule più importanti con le quali i monisti cercano di giustificare la giuridicità del fenomeno sono il «principio dell'effettività» e la soggettività indiretta degl'individui. Presupposto giuridico del riferimento dell'atto individuale allo Stato - presupposto della *zentrale Zurechnung*[787] - sarebbe la giuridicità dell'ordinamento statuale (in base al quale la z*entrale Zurechnung* dovrebbe aver luogo): e la giuridicità internazionale dell'ordinamento statuale deriverebbe dal principio dell'effettività. La giuridicità che così risulterebbe conferita all'organizzazione statuale verrebbe poi integrata da quella soggettività indiretta degl'individui che deriverebbe dalla pretesa legittimazione internazionale del potere statuale. È in sostanza la teoria del rinvio dei dualisti, salva la differenza costituita dalla «derivazione» degli ordinamenti interni e dalla soggettività mediata degl'individui[788].

---

[786] Dato e non concesso che le norme dell'ordinamento internazionale contengano una «variabile» e che questa «variabile» debba determinarsi in concreto mediante riferimento agli ordinamenti interni, è evidente che in tanto sarebbe salvo - nell'ambito della concezione dualista - il principio che l'ordinamento internazionale «regola» l'imputazione di atti individuali agli «Stati» (vale a dire che in tanto sarebbe salva la *giuridicità* dell'organizzazione degli enti soggetti dal punto di vista dell'ordinamento internazionale), in quanto rimanesse sempre all'ordinamento internazionale, nonostante la «variabile», una certa sfera in cui far sentire il suo peso. Posto, in altri termini, che l'ordinamento internazionale si rimetta entro certi limiti all'ordinamento interno dell'ente per stabilire se un atto sia ad esso «imputabile», è ovvio che in tanto rimarrebbe salvo il principio che l'organizzazione dell'ente sia giuridicamente rilevante, in quanto vi fosse sempre un «*rôle à jouer*» per l'ordinamento internazionale stesso. Se così non fosse, verrebbe a cadere, con la contraddizione al principio della giuridicità internazionale dell'organizzazione degli enti soggetti, la stessa ragion d'essere di tutta la costruzione in esame, che parte appunto dall'intento di far salva quella giuridicità conciliandola con il principio della piena libertà di «auto-organizzazione».

[787] *Supra*, p. 133, in nota.

[788] Allo stesso principio dell'effettività, una parte della dottrina monista fa riferimento anche direttamente, da un lato quando fonda la legittimazione degli organi (specie quelli supremi), oltre che sulla effettività della costituzione dalla quale derivano il loro potere, sull'effettività del potere medesimo (VERDROSS, Völ*kerrecht* cit., 1937, p. 100-l02), e dall'altro per legittimare la posizione di quegli organi il cui potere di fatto non si traduca - a differenza dei rivolgimenti che investano gli organi supremi - in un mutamento della costituzione. Il VERDROSS, p. es., fa riferimento più o meno diretto a quel principio - in una fase del suo pensiero - per giustificare la responsabilità degli Stati per fatti di organi agenti fuori dei 1imiti della loro competenza *(Règles générales* cit., 1929, p. 465-67). È questa tuttavia una

b) I casi in cui uno Stato incorre in responsabilità per attività svolta da organi incompetenti dal punto di vista del diritto statuale ma che non siano in tale posizione da determinare, con il mero fatto del loro imporsi, quei mutamenti dell'ordinamento interno che in base al c. d. principio dell'effettività potrebbero eliminare il difetto di competenza, sono invece costruiti dalla dottrina in esame come fenomeni di responsabilità «indiretta» o per «fatto altrui» al pari della c. d. responsabilità dello Stato per fatti d'individui[789].

aa) Per cominciare dalle prime due formule, l'assunzione della derivazione degli ordinamenti interni dall'ordinamento internazionale è aprioristica, così com'è aprioristica la negazione della soggettività degli enti collettivi come enti di fatto che quella derivazione dovrebbe inevitabilmente postulare. È la giuridicità dell'organizzazione che dovrebbe costituire, semmai, uno dei dati su cui fondare la dimostrazione che il rapporto fra diritto internazionale e interno si atteggia in un determinato modo. Quanto alla soggettività indiretta degli individui, poi, a parte il fatto che non è dimostrata[790], essa risolve il problema solo in apparenza. Perché si possa parlare di organizzazione giuridica di un gruppo, occorre che il gruppo sia costituito di una base sociale alla quale il diritto arrivi *prima* e *indipendentemente* dall'«organizzarsi» del gruppo stesso. La soggettività internazionale degl'individui, invece, costituirebbe un *posterius* rispetto all'organizzazione dei gruppi. Anche qui ci troviamo evidentemente di fronte a norme tautologiche[791].

bb) Quanto alla formula della responsabilità indiretta, usata per spiegare i casi d'incompetenza di organi inferiori, essa fallisce completamente lo scopo (posto che sia

---

costruzione che generalmente non viene estesa al caso degli organi incompetenti inferiori (pei quali si ricorre ad una spiegazione diversa), e che il Verdross stesso ha abbandonato, se non erriamo, in un secondo tempo.

[789] Così il KELSEN, *Théorie générale* cit., p. 152; VERDROSS, *Völkerrecht* cit., p. 175.

Questa dottrina. ricalca vecchie teorie analoghe che si ricollegano al periodo dello Stato patrimoniale. Vedendosi il soggetto nel sovrano, e soggettivandosi anche gl'individui suoi più o meno diretti «rappresentanti», si costruiva come indiretta la responsabilità del sovrano pei fatti di costoro, sulla base del parallelismo con la responsabilità institoria.

[790] *Supra*, p. 255-60.

[791] L'ordinamento internazionale si rimetterebbe all'ordinamento interno, che in tanto esisterebbe, come tale, per l'ordinamento internazionale, in quanto fosse «effettivo». Il Capo dello Stato, dunque. sarebbe giuridicamente abilitato ad agire per conto dello Stato dal diritto internazionale attraverso il diritto interno. Il Capo di Stato o il governo originario deriverebbe il suo potere dalla norma di diritto internazionale che legittima i «padri della Costituzione» (in base al principio dell'«effettività»). I Capi dello Stato ed i governi che succedono costituzionalmente al primo sarebbero legittimati allo stesso modo. Ed i Capi di Stato o governi impostisi in modo anticostituzionale sarebbero legittimati dalla stessa norma fondamentale, il cui contenuto si *adatterebbe* alla nuova situazione in base allo stesso principio della «effettività» (sempre che restasse ferma l'identità del territorio e della popolazione). Se si toglie di mezzo, quindi, la norma tautologica, ci troviamo in presenza d'una costruzione non diversa da quella della teoria dualista: un rinvio condizionante all'ordinamento interno dell'ente, e cioè ad una situazione di fatto. Quella che sarebbe una norma giuridica se la derivazione dell'ordinamento interno dall'ordinamento internazionale realmente esistesse, non è che un elemento materiale della fattispecie prevista dalla norma dell'ordinamento internazionale che attribuisce certi effetti giuridici alla realizzazione della fattispecie da parte dell'ente, *tramite materiale* il Capo effettivo dello Stato.

Quanto all'estensione della formula dell'effettività agli organi inferiori (*supra*, nota 437), essa sembra addirittura assurda. Si può ancora discutere - come si è discusso ampiamente in una delle sezioni precedenti - se l'instaurazione di un nuovo governo e di una nuova costituzione sia o meno un fatto che l'ordinamento internazionale elevi a situazione giuridica in base al principio dell'effettività, perché nel caso di mutamenti costituzionali di prima grandezza si produce normalmente un mutamento dell'ordine interno nel suo complesso o almeno delle sue norme fondamentali. Ma che questo avvenga in tutti i casi in cui il fatto posto in essere da un organo incompetente o da un funzionario di fatto determini una responsabilità internazionale, è molto difficile crederlo. La teoria, comunque, è stata presto abbandonata come si è detto, dallo stesso Verdross.

comunque accettabile). Diremmo, anzi, che essa prova esattamente l'opposto della giuridicità internazionale dell'organizzazione degli Stati.

α) Tanto per cominciare, lo stesso concetto di responsabilità «indiretta» applicato costituisce, come si è già detto, una immagine tutt'altro che appropriata, in qualunque caso, per descrivere un fenomeno di organizzazione *giuridica* fra il soggetto principale e l'agente. Nelle varie figure di diritto interno che vanno sotto questo nome, il fatto dal quale la responsabilità deriva costituisce, a ben guardare, un fatto del soggetto principale o comunque collegato ad un'azione, un'omissione od un atteggiamento materiale giuridicamente rilevante di questo soggetto. Applicando il concetto di responsabilità indiretta, quindi, i monisti ammetterebbero che si dà un qualche fatto del *gruppo soggetto o* della sua organizzazione *reale.* Il che è contrario, per noi, all'idea che l'ente soggetto agisca e voglia in modo giuridicamente rilevante (per l'ordinamento internazionale) *nella stessa maniera* in cui vorrebbero o agirebbero le persone giuridiche in senso proprio. La partecipazione delle p. g. al commercio giuridico - se di partecipazione al commercio giuridico si può parlare nei riguardi di entità meramente giuridiche - si svolge soltanto attraverso persone giuridicamente interposte mediante un rapporto *ad hoc.* Alla responsabilità della persona giuridica in senso proprio, in altri termini, il concetto di responsabilità «indiretta» si applicherebbe molto impropriamente perché è sempre in via indiretta che la persona giuridica vuole ed agisce. Applicarlo alle c. d. persone giuridiche degli Stati dal punto di vista del diritto internazionale significa quindi riconoscere che l'attività giuridicamente rilevante di quest'ultimi si svolge in maniera diversa.

β) In secondo luogo, in tanto si parla generalmente di responsabilità «indiretta» del soggetto «principale» in quanto l'evento sia stato materialmente realizzato in maggiore o minore misura *da un altro soggetto.* Nel caso in esame, invece, secondo gli stessi monisti, avremmo solo la parvenza di un soggetto: l'individuo. Il difetto di soggettività dovrebb'essere superato, al solito, con l'idea della soggettività «indiretta». Ma il requisito che si richiede nell'agente nelle ipotesi in cui si parla di responsabilità per fatto altrui è una soggettività a titolo *diretto,* non derivato. In altri termini, nell'ipotesi normale di responsabilità per «fatto altrui» ci si trova di fronte ad un soggetto agente che, quali che siano le limitazioni alla sua capacità giuridica o di agire, è soggetto qualitativamente allo stesso titolo di colui sul quale ricade - a certe condizioni (di fatto) - la responsabilità dell'evento. Nel caso in esame, invece ci troveremmo di fronte ad un soggetto agente qualitativamente diverso dall'ente soggetto responsabile, e tanto diverso che la sua sarebbe condizionata nientemeno che all'*esistenza del soggetto responsabile.* Il fenomeno sarebbe quindi da accostare alle ipotesi di responsabilità per danno del servo, dell'animale o della cosa, piuttosto che alla responsabilità per fatto *di un altro soggetto.* E in queste condizioni è ancora più difficile ammettere che la fattispecie dell'illecito sia realizzata dall'«agente» piuttosto. che dallo stesso responsabile. Come si voleva dimostrare, si ha un fatto giuridicamente rilevante del gruppo e non un fatto giuridicamente rilevante dell'agente. Il che significa che l'agente opera come strumento *materiale* del gruppo e non come *soggetto* giuridicamente interposto o comunque

qualificato[792].

42. - Per quanto non sempre sulla base di argomenti solidi - e sempre legata, soprattutto, alla impostazione dominante del problema come operazione di riferimento all'ente di attività di determinati individui - è invece pervenuta ad una conclusione a nostro avviso esatta, circa la natura dell'organizzazione degli enti soggetti, quella minoranza della dottrina dualista che da un lato nega più o meno recisamente alla formula del rinvio al diritto interno ogni valore giustificativo della giuridicità dell'organizzazione stessa, e dall'altro - mantenendosi più coerente con il principio della c. d. «libertà di auto-organizzazione» e ai dati che si desumono dalla realtà giuridica internazionale - nega l'esistenza di norme giuridiche internazionali che regolino i mezzi di azione giuridicamente rilevante degli Stati.

Il Marinoni, l'Ago, il Biscottini ed il Quadri riconoscono giustamente l'inesistenza nell'ordinamento internazionale di norme che direttamente o indirettamente regolino l'organizzazione degli enti soggetti, agli stessi effetti di diritto internazionale[793]. Esclusa - fondando forse troppo la sua argomentazione sulla concezione dualista come postulato piuttosto che sulla realtà giuridica dalla quale la concezione dualista va indotta - da un lato la rilevanza del diritto statuale (in via diretta o di rinvio) per la determinazione degli «organi» competenti ad impegnare internazionalmente gli «Stati» e dall'altro la rilevanza giuridica internazionale del «rapporto» fra gli Stati ed i loro organi, il M. è pervenuto alla conclusione che lo «Stato» si presenta di fronte all'ordinamento internazionale, e dal punto di vista dei mezzi di azione giuridicamente rilevante, come una unità reale, sottratta, nella sua struttura interna, all'azione del diritto internazionale e da questo ordinamento presupposta. Unità reale costituita, secondo il Marinoni, dall'«organizzazione statuale» quale si manifesta nell'«insieme dei suoi funzionari»[794]. Ed è su questa organizzazione statuale, quale si manifesta in fatto, che il M. costruisce l'attività internazionale giuridicamente rilevante dei soggetti e il riferimento a questi dell'attività degl'individui che ne fanno parte. Per la prima volta, così, si trova non solo esplicitamente riconosciuto, ma dimostrato con argomenti sostanzialmente esatti, che i «presupposti» del riferimento agli «Stati» dell'attività di individui-organi sono costituiti unicamente dalla situazione materiale degl'individui medesimi e non da un rapporto giuridico di diritto interno o di diritto internazionale - comunque configurato - fra gl'individui agenti e lo Stato-soggetto[795]. Concetto sviluppato dall'Ago, il quale non solo insiste a più riprese sulla natura di mero fatto del rapporto fra Stato-soggetto ed agente dal punto di vista del diritto internazionale[796], ma ripetutamente identifica l'organo con

---

[792] Che questo sia il fenomeno reale è del resto riconosciuto implicitamente dal Kelsen -benché egli tenda a spiegare 1'«anomalia» con la teoria indimostrata dell'«imperfezione» dell'ordinamento - quando riconosce che nel diritto internazionale trova luogo il fenomeno della responsabilità collettiva (*General Theorv*, cit., p. 344 s., 355 ss.; *Peace througk Law* cit., p. 81. Per il riferimento all'«imperfezione» dell'ordinamento, v. *General Theory*, p. 69 s., 106).

[793] MARINONI, *La responsabilità degli Stati* cit., p. 71 ss., 115, 135 ss.; AGO, *Le délit* cit., p. 45 ss.; BISCOTTINI, *Volontà e attività dello Stato* ecc. cit., spec. p. 17, 29-34 e *passim;* QUADRI, *Dir. internaz. pubbl.* cit., p. 320.

[794] *Op.* cit., p. 17 ss., spec. 118-19. Vedremo a suo tempo che la riduzione dell'ente soggetto all'organizzazione ed ai funzionari - concezione molto ben accetta ad una parte della dottrina italiana più recente - non è del tutto giustificata (Parte III).

[795] *Op.* cit., p. 122 ss., spec. 124 in fine, 126-128, 130 s.

[796] *Le délit* cit., p. 50 s., 59, *passim.*

una parte dell'ente o con l'ente medesimo[797].

Per quanto strano ciò possa sembrare, tuttavia, né l'uno né l'altro autore - e nessuno dei seguaci dell'idea dell'organizzazione dello Stato come mero fatto (Biscottini escluso) - è pervenuto alla sola conclusione logica che da queste premesse si deduce. Che non si tratta, cioè, d'«imputare» allo «Stato» l'attività degli individui o le sue conseguenze giuridiche, bensì le conseguenze *dell'attività dello Stato:* attività relativamente alla quale il problema da risolvere è di sapere se si tratti o meno di attività giuridicamente rilevante, non se sia riferibile o meno (giuridicamente) all'ente soggetto. Nessuno dei due autori, quindi, arriva alla conclusione che gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale partecipano direttamente al commercio giuridico *in un senso profondamente diverso da quello in cui si parla di attività giuridicamente rilevante diretta delle persone giuridiche* e piuttosto simile, al contrario, a quello della realizzazione di fattispecie soggettive da parte delle persone fisiche (o reali). Tale deficienza è largamente provata dal fatto che entrambi gli a. - e specialmente il secondo - applicano alle persone giuridiche gli stessi concetti che applicano agli enti soggetti dell'ordinamento internazionale e persino l'idea dell'identità fra l'organo e l'ente, che per le persone giuridiche è a nostro avviso assolutamente inaccettabile[798].

Il motivo per cui queste dottrine di minoranza si sono fermate a mezza via è che esse non hanno avvertito la necessità di rivedere la dottrina dominante sotto tutti i suoi aspetti. Pur criticandone l'errore più evidente - cioè la giuridicizzazione dell'organizzazione degli enti - esse hanno soggiaciuto da un lato - ad eccezione parziale del solo Biscottini[799] - al parallelismo dominante con le persone giuridiche e dall'altro ai vari preconcetti che abbiamo già criticati in tema d'imputazione alle persone fisiche e giuridiche.

§ III. - *L'alterazione dei termini teorici del fenomeno.*

43. - Come si è detto, la giuridicizzazione dell'organizzazione degli enti soggetti non costituisce il solo fattore che impedisca alla dottrina di veder chiaro. E l'elemento principale di confusione è costituito dall'applicazione delle teorie organiche e di quella dell'organizzazione come fatto storico *in quanto riferibili alle persone giuridiche in senso tecnico.*

Sia le dottrine dell'organizzazione giuridica che quelle dell'organizzazione di fatto fanno leva più o meno largamente sulle varie formulazioni delle teorie organiche che

---

[797] *Le délit* cit., p. 48 ss., *passim.*

[798] Tanto il Marinoni che l'Ago, p. es., parlano di una «qualità di organo» - sia pure in senso materiale - di cui certi individui sarebbero investiti o per il fatto di essere parte dell'organizzazione dello Stato-soggetto puramente e semplicemente (Marinoni), oppure in quanto da un lato in fatto parti dell'organizzazione e dall'altro in fatto «qualificati», come «organi» (dal punto di vista dell'ordinamento internazionale) in base al diritto interno dello Stato (Ago). Tutti e quattro gli autori ricordati, poi - piuttosto nebulosamente il primo, decisamente gli altri - configurano un fenomeno di «riferimento» e «imputazione giuridica» allo Stato-soggetto delle «azioni» o «dichiarazioni di volontà» degl'individui cosi «qualificati» ... in linea di fatto (AGO, *Le délit* cit., p. 45, 75), e il secondo nominato testé insiste (sia in tema di responsabilità dello Stato-soggetto per fatto dei suoi organi, sia in tema di responsabilità per fatti d'individui) nel qualificare come «torto» o «atto illecito» internazionale - vale a dire come realizzazione di una fattispecie giuridica internazionale - il fatto compiuto dall'organo agente; fatto che darebbe luogo a responsabilità in quanto verrebbe «imputato» dall'ordinamento all'ente morale (*Le délit* cit., p. 45, 47). Queste costruzioni e asserzioni depongono decisamente nel senso che entrambi gli autori applicano sempre, come la dottrina dominante, lo schema teorico della cosidetta «attività» o «volontà» delle persone giuridiche.

[799] *Volontà ed attività dello Stato* ecc. cit., p. 4 ss.

abbiamo considerate. A1 pari delle dottrine analoghe del diritto interno, esse tendono a stabilire un parallelo fra l'organizzazione giuridico-sociale delle persone giuridiche e l'«organizzazione» fisico-psichica di un essere umano[800], e al pari di quelle dottrine esse identificano spesso l'organo o l'organizzazione della persona giuridica con la persona giuridica stessa[801], per poi trarre da questa concezione - e sulla base della identificazione persone giuridiche-enti collettivi - una costruzione dell'attività degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale come attività giuridicamente rilevante diretta[802]. Secondo il nostro modo di vedere, invece, l'applicazione agli enti soggetti delle teorie organiche e della concezione dell'organizzazione come fatto va dedotta dal dato negativo costituito dal difetto di giuridicità *internazionale* dell'organizzazione degli Stati e non dalle concezioni organicistiche degli enti morali. Ogni tentativo di dedurla da un campo dove non si trova realizzata si traduce in un indebolimento della tesi dell'attività giuridicamente rilevante diretta degli enti soggetti in esame.

Ma la fonte più grave della confusione è costituita da quel gruppo di fattori che tendono ad alterare il rapporto fra la titolarità della fattispecie materiale e la titolarità delle conseguenze giuridiche e la distinzione tra conseguenze giuridiche del fatto proprio e conseguenze giuridiche del fatto altrui. E il fattore più grave - oltre a quelli minori considerati a suo tempo - è costituito da quel concetto d'imputazione giuridica che abbiamo già criticato. Le conseguenze di questo concetto sono diverse ma ugualmente negative nell'ambito delle concezioni giuridiche ed extragiuridiche dell'organizzazione in genere.

---

[800] BALDONI, *Scr*. e l. cit. sopra, nota 425; AGO, *Le délit* cit., p. 48.

[801] DONATI, *La persona reale dello Stato* cit.. p. 10-11 e *passim;* AGO, *Le délit* cit., l. cit. alla nota 446; MONACO, *Manuale* cit., p. 207, 208; QUADRI, *Dir. internaz. pubbl.* cit., p. 317 ss.

Il fatto di equiparare gli enti in esame alle persone giuridiche porta questi autori a trarre ingiustificatamente argomento dall'attività diretta degli enti stessi a sostegno delle teorie organiche (come fa il DONATI, l. cit.), a distinguere fra organizzazione a effetti interni ed organizzazione ad effetti esterni (passo rip. qui sotto), oppure a spiegare impropriamente l'astensione dell'ordinamento internazionale dal regolare l'organizzazione degli Stati con la falsa teoria dell'organizzazione degli enti morali come fatto storico.

Scrive l'AGO, p. es., *(Le délit* cit., p. 49): «Etant donné... que la règle internationale ne peut considérer comme fait juridique international de l'Etat qu'une activité matérielle d'une personne physique ayant la qualité d'organe de l'Etat même, le premier problème est de savoir quels sont les organes de l'Etat et comment une telle qualité peut être conféree à une personne physique. La discussion ne paraît pas possible sur ce point. Seul l'Etat lui même *peut*, dans son ordre intérieur, établir son organisation et déterminer ses organes, c'est-à-dire les personnes physiques pouvant agir en son nom et pour son compte. L'ordre juridique extérieur, dans le sein duquel la *personne juridique* opère, pour lequel elle constitue le sujet, en l'espèce l'ordre juridique international, doit *néressairement* présupposer cette organisation intérieure de la *personne juridique* cette qualité d'organe attribuée à certaines personnes physiques. Il n'aurait *ni l'intérêt ni la possibilité* de faire autrement » (corsivi miei).

A parte il fatto che non si risolve il problema osservando che l'ordinamento internazionale non avrebbe né interesse né possibilità di fare altrimenti - perché è proprio questo il punto che si dovrebbe risolvere in senso contrario qualora s'intendesse il diritto internazionale come diritto fra istituzioni -, l'a. citato argomenta proprio da quell'idea dell'estraneità dell'organizzazione dell'ente morale all'ordinamento superiore che è il portato delle teorie organiche e non regge, come s'è visto, alla critica. Questo indebolisce, a nostro modesto avviso, la critica che lo stesso autore rivolge poco prima alla teoria del Kelsen (p. 46-48). Questa teoria si combatte rilevando che gli Stati *non «agiscono» come le persone giuridiche,* non già negando o attenuando (con i teorici organicisti) il fatto innegabile che l'organizzazione delle persone giuridiche è giuridicamente stabilita e rilevante.

[802] Pur riconoscendo la necessità di svincolarsi dallo schema della c. d. attività delle persone giuridiche, il BISCOTTINI (*Scr*. cit., spec. p. 4-8) si ferma a metà strada perché non si pone integralmente il problema critico e ricostruttivo e soprattutto non parte da una definizione esatta dello stesso schema di cui intuisce l'improprietà (*infra*, note 457 e 460).

a) Nella maggior parte delle teorie che tendono a giuridicizzare l'organizzazione degli Stati agli effetti internazionali (escluse, praticamente, le teorie della rappresentanza e le teorie moniste), l'adozione del concetto d'imputazione sopra descritto viene utilizzato a surrogato di quel riferimento all'ente delle conseguenze giuridiche dell'attività degli organi (agenti) in senso giuridico, che costituisce il fenomeno vero nel caso delle persone giuridiche, ed a riscontrare il quale negli enti soggetti le dottrine in questione trovano ostacolo nella riconosciuta astensione dell'ordinamento internazionale dal valutare l'attività degl'individui (compresi quelli che partecipano all'organizzazione dello Stato) come attività giuridicamente rilevante di soggetti[803]. Il concetto d'imputazione giuridica di fatti individuali agli enti soggetti (considerati come persone giuridiche ma non composti di membri a loro volta soggetti) serve a queste teorie come un elemento indispensabile per la costruzione *giuridica* del fenomeno. A differenza della mera imputazione materiale - cioè della mera titolarità materiale della fattispecie da parte del gruppo nell'ambito del quale l'individuo agisce - l'imputazione giuridica si presenterebbe in armonia con la pretesa giuridicità del procedimento attraverso il quale gli enti soggetti agirebbero secondo l'idea dell'organizzazione regolata ad effetti esterni. A differenza del riferimento di conseguenze giuridiche, d'altra parte, essa non postulerebbe l'attitudine degli individui agenti a realizzare fattispecie soggettive internazionali. Sarebbe così fatta salva la possibilità di concepire la partecipazione al commercio giuridico degli enti soggetti come attività *diretta* e *giuridicamente regolata* al tempo stesso.

Senonché il ragionamento non regge né sul piano generale né su quello specifico.

Sul piano generale non regge per le stesse ragioni per cui non regge l'interpolazione della pretesa «imputazione giuridica» fra la «titolarità materiale della fattispecie realizzata» e il «riferimento di conseguenze giuridiche», alla quale ricorre anche una parte della dottrina del diritto interno[804]. Sul terreno specifico, non si spiegherebbe in qual modo si svolga e quale sia il preciso risultato dell'«operazione giuridica» d'imputazione di fatti individuali all'ente soggetto. Perché un'operazione giuridica abbia luogo occorre, evidentemente, un fatto che metta in modo il meccanismo. E sta bene che questo fatto potrebb'essere l'azione o l'omissione d'un individuo munito della qualità di «organo». È chiaro, tuttavia, che non si tratterebbe di un *atto giuridico* ma di un *mero fatto*, perché gl'individui non realizzano, dato che non sono soggetti; fattispecie corrispondenti ad atti giuridici internazionali. Non si spiega, allora, come il fatto giuridico dell'individuo diventi un atto giuridico internazionale dell'ente soggetto. È difficile credere che il fatto venga trasformato in atto per la mera circostanza che il diritto lo imputa ad un ente che agisce solo attraverso individui. È più logico ritenere che ci troviamo in presenza di un atto giuridicamente rilevante dell'ente stesso ed all'ente stesso *in fatto* riferibile.

b) Quanto alle teorie dell'organizzazione di fatto degli enti soggetti (organizzazione «presupposta»), l'applicazione del concetto d'imputazione si presenta in esse come una impossibilità logica vera e propria, perché è inconcepibile che il diritto si occupi di

---

[803] La dottrina alla quale si allude è rappresentata in Italia dal PERASSI, dal BALDONI, dal MORELLI e dal MONACO, *Opere* e ll. cit sopra, p. 340 ss., note.

[804] *Supra*, p. 129.

«riferire» all'ente dei fatti che *sono gia dell'ente* dal punto di vista materiale[805]. Affermare la natura di fatto dell'organizzazione degli enti soggetti significa dire che i gruppi soggetti stessi pongono in essere fatti giuridicamente rilevanti *attraverso i mezzi materiali* costituiti dagl'individui che ne fanno parte. Non vi è dunque nemmeno ragione d'ipotizzare un riferimento o una imputazione giuridica di fatti all'ente da effettuarsi *dalle norme.* Il collegamento della fattispecie realizzata all'ente si presenterà come un'«operazione logica» degli altri consociati o degli organi di accertamento dell'illecito e della responsabilità, non come una «operazione giuridica» o «logica» effettuata da norme[806].

A prescindere dall'insostenibilità del concetto d'imputazione di fatti sul piano generale, la configurazione di un'operazione giuridica del genere costituisce del resto in questo caso una vera impossibilità logica, perché non vi sarebbe il fatto giuridicamente rilevante in seguito al quale l'effetto giuridico dovrebbe prodursi. Nell'ambito delle teorie giuridiche dell'organizzazione esterna degli Stati questo fatto si potrebbe ancora individuare - sia pure con molta buona volontà - nell'azione od omissione dell'individuo rivestito d'una qualifica internazionale più o meno diretta, quantunque anche qui vi sia l'ostacolo del difetto di soggettività degl'individui con la rilevata difficoltà della metamorfosi del *fatto* individuale in *atto* dello Stato. Ma nell'ambito d'una teoria che esclude la giuridicità dell'organizzazione, un fatto che abbia per esito *giuridico* l'imputazione all'ente soggetto non è nemmeno concepibile, perché i fatti individuali (irrilevanti anche qui di per sé) non sarebbero qualificati nemmeno indirettamente da quelle norme di organizzazione di cui si nega a ragione l'esistenza. L'ordinamento internazionale dovrebbe quindi «imputare» giuridicamente all'ente soggetto *qualsiasi fatto individuale*, con la conseguenza ovvia ch'esso compirebbe un'«operazione» del tutto inutile tutte le volte che il fatto non presentasse gli estremi della rilevanza giuridica internazionale[807].

Il solo modo di evitare un'assurdità del genere è di ammettere che l'ordinamento internazionale (al pari di ogni altro ordinamento) non imputa i fatti ma solo le loro conseguenze giuridiche. E poiché nel caso in esame non c'è il fatto d'un soggetto diverso, è chiaro che se di fatto soggettivo si tratta siamo in presenza d'un atto dello stesso soggetto che ne subisce le conseguenze.

§ IV. - *Il significato dei dati accertati e la costruzione del fenomeno nei casi degli agenti diplomatici e dei comandanti militari.*

44. - Sgomberato il campo delle improprietà che alterano i dati del fenomeno del riferimento delle fattispecie soggettive internazionali, il problema della partecipazione degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale al commercio giuridico si risolve nella stessa alternativa che si è vista a suo tempo per le persone giuridiche: attività giuridicamente rilevante dell'ente stesso o mero riferimento all'ente delle conseguenze (giuridiche) dell'attività giuridicamente rilevante altrui. E i dati raccolti depongono tutti nel primo senso.

---

[805] Alludiamo alle teorie del MARINONI e dell'AGO.

[806] *Supra*, p. 133.

[807] Questo rilievo conferma e completa un'osservazione già mossa dal BISCOTTINI al MARINONI ed estensibile all'AGO. Se fosse vero che l'ordinamento internazionale riferisce allo Stato l'attività di chiunque faccia parte della sua organizzazione, dovrebbero essere riferiti allo Stato anche i fatti (individuali) privi di rilevanza giuridica internazionale (*supra*, p. 321 e nota ivi).

Non si nega, come s'è avvertito, che nello stesso caso degli enti morali il gruppo sottostante al centro artificiale d'imputazione assuma atteggiamenti e tenga comportamenti. Ciò potrà avvenire esattamente allo stesso modo come nel caso dei gruppi soggetti all'ordinamento internazionale. Nel caso delle persone giuridiche, però, il fatto che abbia agito un individuo materialmente collegato alla realtà sociale «sottostante» non è condizione *necessaria e sufficiente* - posto che il fatto sia giuridicamente rilevante - del riferimento di certe situazioni al centro d'imputazione. Nel caso degli enti in esame, invece, l'esistenza d'un rapporto materiale fra l'agente e l'ente è condizione *necessaria e sufficiente* (come nel caso del *nuncius)* perché l'attività svolta dall'individuo possa e debba considerarsi (*in fatto* e non *giuridicamente)* come *attività del gruppo*[808]. Attività che, materialmente riferita al gruppo in ogni caso, sarà o non sarà produttiva di conseguenze giuridiche a vantaggio o a carico del gruppo (o del gruppo rappresentato), a seconda che - in sé e per sé e nelle circostanze che collegano l'individuo agente agli altri componenti il gruppo - essa realizzi o meno una *fattispecie giuridica soggettiva internazionale.*

Se c'è un campo, quindi, nel quale le teorie organiche dovrebbero trovare piena applicazione, esso è proprio quello dei mezzi di azione giuridicamente rilevante degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale. La natura di questi enti ed il carattere meramente materiale del rapporto che lega fra loro gl'individui che li compongono giustifica pienamente che si parli di *attività e volontà giuridicamente rilevante dei gruppi stessi*[809]. L'assenza di qualunque elemento giuridico, causa ed effetto insieme della natura di fatto degli enti soggetti e del difetto di soggettività degl'individui, dimostra che si trova pienamente realizzata quella condizione la cui assenza rende assurda l'accettazione delle teorie organiche nel campo delle persone giuridiche in senso proprio[810].

---

[808] Cfr. *supra*, p. 141 s. con il fenomeno della c. d. attività giuridicamente rilevante degli enti morali

[809] Si deve estendere la teoria organica - *dal punto di vista del diritto internazionale* - a qualunque individuo agente che concorra a «integrare» il fatto giuridicamente rilevante del gruppo, ivi compreso eventualmente il privato cittadino o non cittadino (*infra,* num. seg.). Ciò non sembra avvertito dal BISCOTTINI, *Volontà e attività dello Stato* ecc. cit. (che pure giustamente valorizza il criterio dell'effettività), quando osserva che «è inconcepibile che il diritto internazionale possa considerare organo di uno Stato chi tale non è in base alle norme interne che presiedono alla sua organizzazione» (p. 34). Nonostante che lui stesso combatta la soggezione dominante allo schema della c. d. «volontà» ed «attività» delle persone giuridiche, il B. vi ricade a questo punto anche lui, perché non ha presenti i termini essenziali del fenomeno né la concezione giuridica degli enti morali dalla quale noi siamo partiti ai fini del confronto.

«Organico» vuol dir pregiuridico o extragiuridico. «Organo», quindi, agli effetti dell'attività giuridicamente rilevante d'un ente, è lo strumento materiale animato o inanimato - ed eventualmente umano - che da solo o in concorso con altri realizza il fatto o atto dell'ente senza realizzare un fatto giuridicamente rilevante proprio. La qualifica giuridica non c'entra, perché se ci fosse sarebbe automaticamente escluso che si potesse parlare di strumento dell'attività giuridicamente rilevante del gruppo. Non è organica, come s'è visto, la c. d. attività delle persone giuridiche. È organica, invece, l'attività del gruppo soggetto dell'ordinamento internazionale, appunto perché non vi sono norme di diritto internazionale che «organizzino» gli Stati e le norme di diritto interno non fanno parte dell'ordinamento internazionale. È insomma organo del c. d. «Stato nel senso del diritto internazionale» qualunque ente che, operando nell'ambito del gruppo, concorra a determinarne atteggiamenti giuridicamente rilevanti. Cercare una corrispondenza di questa qualità materiale («effettiva») con le norme interne è pertanto fuori posto, ed implica il ritorno allo schema dell'ente morale in senso proprio.

[810] È appunto una riprova di ciò il rilievo diffuso (v. per tutti AGO, *Le dé1it* cit., spec. p. 52, 54 s., e QUADRI, *Dir. internaz. pubbl.* cit., p. 320) che lo Stato agisce sul piano internazionale «attraverso *tutti* i suoi organi». In un certo senso esso agisce anzi su questo piano attraverso gli stessi privati *(infra).* Questa nozione più strettamente organicistica dello «Stato nel senso del diritto internazionale» valorizza anche i risultati delle indagini dell'AGO, La *colpa nell'illecito internaz.,* negli *Scritti giur. in onore di S. Romano,* III, p. 175 ss., sull'elemento soggettivo della responsabilità (Cfr. QUADRI, *Op.* ult. cit., p. 317 in fine).

45. - Dal punto di vista giuridico internazionale, in sostanza, il problema del rapporto tra l'ente-soggetto e il fatto giuridico soggettivo (atto giuridico) si presenta in termini fondamentalmente analoghi - *mutatis mutandis* - al problema del rapporto fra i soggetti persone fisiche e i fatti giuridici soggettivi del diritto statuale posti in essere da un individuo direttamente o attraverso l'opera di un *nuncius.*

Il tratto comune essenziale dei due fenomeni deriva dalla circostanza che nel caso degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale ci si trova di fronte ad un rapporto materiale fra il gruppo nel suo insieme e ciascuno degl'individui agenti analogo, per il suo carattere extra-giuridico, al rapporto fra la persona fisica ed i suoi organi fisio-psichici, oppure fra la persona fisica e il *nuncius* o una cosa. Quanto ai tratti differenziali, essi si risolvono tutti sul piano extragiuridico (dal punto di vista del diritto internazionale) e si riducono, essenzialmente, alla complessità della fattispecie costitutiva dell'atto dello Stato ed alla eventuale rilevanza giuridica interna delle singole azioni od omissioni che la compongono.

Nel caso dell'attività individuale, la effettiva appartenenza del fatto al soggetto dato si risolve nella larghissima maggioranza dei casi sul piano dei fenomeni fisio-psichici e nella estrinsecazione di tali fenomeni in azioni e dichiarazioni esterne dell'essere umano. In casi eccezionali vi sarà anche un rapporto materiale fra il soggetto dato ed un altro soggetto o una cosa animata o inanimata: che è il caso dell'attività svolta mediante *nuncius* e della responsabilità per fatti altrui, del servo o dell'animale. Nel caso dell'attività giuridicamente rilevante del gruppo soggetto, invece, l'appartenenza del fatto al gruppo consiste in un rapporto più o meno complesso d'ordine sociale fra il gruppo - ossia fra i vari individui componenti il gruppo - e (normalmente) gl'individui che *per il diritto interno* risultano qualificati come agenti. Mentre nel caso di stipulazione d'un contratto per mezzo d'un *nuncius* la provenienza della dichiarazione di volontà dal soggetto stipulante si accerta sulla base del fatto materiale che quest'ultimo ha affidato in un modo o nell'altro al nuncio la sua dichiarazione di volontà, l'indagine da compiere per accertare l'esistenza d'un atto del gruppo è molto più complessa[811]. Ciò non significa, d'altra parte, che nel caso degli enti soggetti l'ordinamento giuridico internazionale operi attivamente nello stabilire il rapporto tra il fatto individuale o i vari fatti individuali prodottisi ed il gruppo. La sola azione del diritto internazionale consiste nella determinazione degli estremi del fatto totale al quale esso annette effetti attivi o passivi, ed è solo l'interprete o il giudice che si occupa della composizione e del rapporto materiale che collega fra loro i vari fatti individuali o interindividuali che realizzano la fattispecie giuridica[812].

---

[811] L'esame degli elementi svariatissimi che concorrono a integrare il fatto giuridicamente rilevante del gruppo - e l'assenza dei quali può escludere l'esistenza degli estremi della fattispecie giuridica corrispondente - occuperebbe interi volumi, sia in tema di stipulazione di trattati, sia in tema di illecito. Non ci sembra vi siano casi, comunque, fra quelli che si raccolgono dall'esame della prassi e dalla letteratura sull'argomento (e specialmente in quella anglo-sassone, dove primeggia per ricchezza d'informazione la trattazione dello HYDE, *Op.* cit., II, p. 1387 ss.), che smentiscano sostanzialmente la costruzione del fenomeno che sosteniamo.

Per un esame di varie ipotesi v. BISCOTTINI, *Scr*. cit., *passim.*

[812] Il BISCOTTINI, *Volontà ed attività* cit., parla esattamente di «rapporto che corre fra la manifestazione di attività di un singolo e la manifestazione di attività degli altri componenti il gruppo sociale a cui esso appartiene» (p.

Alla complessità del rapporto materiale tra individui e tra fatti, sussistente nel caso dell'attività degli enti soggetti, si aggiunge poi quel particolare elemento che è la rilevanza giuridica interna dei rapporti interindividuali e dei fatti componenti la fattispecie totale. Nel caso dell'attività giuridicamente rilevante svolta attraverso un *nuncius*, il rapporto materiale fra l'agente ed il soggetto principale è tale che è relativamente facile non solo individuarlo ma anche distinguerlo dagli eventuali rapporti giuridici sussistenti, ad altri effetti, fra l'agente stesso ed il soggetto principale[813], nonostante il fatto che questi eventuali rapporti giuridici sussistano nell'ambito dello stesso ordinamento nel quale l'attività combinata dei due individui assume rilevanza a carico del soggetto principale. Nel caso in esame, invece, i singoli fatti individuali e la loro combinazione si presentano per lo più come fatti giuridicamente rilevanti dal punto di vista del diritto interno dell'ente soggetto stesso e coincideranno anzi proprio con le fattispecie giuridiche alla realizzazione delle quali il diritto interno stesso attribuisce quella particolare rilevanza che nel linguaggio improprio comune si chiama «attività della persona giuridica»: circostanze che rendono meno agevole la netta percezione della natura extragiuridica del fenomeno[814].

La conseguenza più importante di queste caratteristiche del fenomeno è che la serie dei fatti individuali costitutivi di una determinata fattispecie giuridica internazionale può

---

25) e – meglio - del «rapporto corrente tra l'agire individuale e l'atteggiamento degli altri individui appartenenti allo Stato» (p. 27).

Sarebbe opportuno evitare tuttavia, a nostro avviso, sia il termine «imputazione» (BISCOTTINI, *Scr.* cit., p. 25): termine che, a parte gli errori criticati, è poco adatto a designare il fatto della titolarità (materiale) della fattispecie realizzata; sia e soprattutto qualunque formula che faccia pensare all'esistenza di un qualche fenomeno giuridico d'ordine internazionale nel legame tra il fatto ed il gruppo nell'ambito del quale esso si verifica. *Ogni fatto che si produca nell'ambito del gruppo* - posto in essere, cioè, da uno o più individui membri-agenti del gruppo - *è fatto del gruppo in senso materiale.* Tutto quel che l'ordinamento internazionale fa è «qualificare» giuridicamente *certi* fatti, decidendo *se* e *quali* conseguenze ne derivino e *per quale* gruppo-soggetto. Non diremmo perciò, come dice il B., che «l'ordinamento internazionale non prende in considerazione i fatti in se stessi, ma *li collega* (corsivo mio) con i fatti posti in essere dagli altri membri della collettività» (Scr. cit., p. 29). L'ordinamento internazionale prende in considerazione, a nostro avviso, l'insieme costituito dal fatto dell'individuo (o degl'individui) più il fatto o l'atteggiamento degli altri membri del gruppo, come *fatto* (giuridicamente rilevante) del gruppo stesso.

Rilievi esatti (dal nostro punto di vista) in POTTER, *Inhibitions* cit., specie quando osserva (p. 461 s.) che il ricorso di delegati e plenipotenziari americani alla scusa delle limitazioni costituzionali al «Treaty-Making Power» del governo federale «is mere!y an excuse for not doing something which the U.S. does not wish, as a matter of policy, to do».

L'intero fenomeno è purtroppo molto difficile da descrivere in termini rigorosi e richiede, evidentemente, molta elaborazione. Ad una formulazione appropriata si può arrivare solo assumendo i fatti d'individui membri-agenti del gruppo non dico alla stessa stregua dei fatti dell'animale, del *servus* o della cosa inanimata, bensì addirittura alla stregua dei «fatti» delle membra e degli organi fisio-psichici dell'uomo. Che è un passo molto duro da compiere anche se è il solo modo di descrivere il fenomeno reale.

[813] *Supra*, p. 126.

[814] È per questo che riesce difficile evitare di esprimere il collegamento sussistente tra i vari fatti individuali negli stessi termini in cui si formula il collegamento tra i fatti individuali che per il diritto interno valgono come «fatti della persona giuridica» dello Stato. Sarà difficile svincolarsi, per es., dalla presentazione dell'attività svolta dal Capo dello Stato nella stipulazione di un trattato come attività del «legale rappresentante» dello Stato stesso sulla base di «competenze» e «poteri» dell'organo legale dal punto di vista interno. Anche quando si percepisca l'irrilevanza internazionale della « legalità» interna della situazione al confronto con la posizione effettivamente occupata dall'«agente», non sarà mai facile, in pratica, esprimere in termini di «atti di Stati» o «atti di gruppi» un fenomeno il cui momento più rilevante ed appariscente resta sempre, nonostante tutto, l'attività di uno o più individui determinati, sia pure essa strettamente legata con l'attività di altri componenti il gruppo o con l'atteggiamento de1 gruppo intero (o dei suoi elementi più influenti).

interrompersi prima che risulti integralmente realizzata la fattispecie stessa, e nonostante che dal punto di vista del diritto interindividuale interno siano realizzati, eventualmente, gli estremi di fattispecie giuridiche ad effetti interni. Il caso più caratteristico è quello che si ricollega, in tema di responsabilità, alla c. d. «regola del previo esaurimento dei ricorsi interni»[815] ed alla c. d. responsabilità degli Stati per «fatti d'individui»[816], quantunque sia evidente che questi sono soltanto i casi più appariscenti. Sia nel caso del fatto dell'organo inferiore sia in quello de! fatto d'individuo, si ha in sostanza un fatto che non realizza completamente la fattispecie del torto internazionale. Né il diniego di giustizia a uno straniero da parte d'un giudice di non ultima istanza né l'azione lesiva d'uno Stato estero compiuta da un privato individuo costituisce l'illecito internazionale al quale corrisponde la responsabilità dello Stato al quale l'organo o l'individuo appartiene. Il fatto individuale potrà avere una rilevanza giuridica interna e dar luogo a rimostranze del privato, dell'organo o dello Stato straniero leso. Ma la fattispecie dell'illecito e della responsabilità dello Stato risulterà realizzata nel primo caso solo dalla conferma dell'atteggiamento negativo dell'organo inferiore da parte degli organi superiori e nel secondo caso solo da quegli atteggiamenti positivi o negativi degli organi dello Stato dei quali si richiedono gli estremi in ciascun caso. La circostanza che il fatto dannoso si risolva, per una parte più o meno grande, nel fatto dell'organo inferiore o dell'individuo, e che tale fatto abbia eventualmente un'individualità giuridica propria come atto giuridicamente rilevante nel diritto interno dello Stato, può determinare facilmente l'equivoco che l'atto dell'organo inferiore o dell'individuo costituisca esso stesso l'illecito internazionale. Soluzione che è evidentemente da escludere[817]. È da quella stessa circostanza che nasce probabilmente sia l'idea che i fatti degli organi superiori e l'azione od omissione degli organi statuali costituiscano la *condizione dell'imputazione* del fatto dell'organo inferiore o dell'individuo allo Stato o l'idea che il fatto individuale realizzi la fattispecie d'una responsabilità «indiretta» dello Stato pel fatto dell'organo inferiore o del privato sia l'idea in un certo senso opposta - ed anch'essa superata dalla migliore dottrina - che il fatto del privato costituisca l'«occasione» dell'illecito dello Stato[818]. Tutte queste costruzioni, che tendono o ad attribuire al fatto dell'individuo (organo o privato) una preminenza od autonomia incompatibile con il difetto di soggettività degl'individui[819], o a minimizzare, viceversa, la portata del fatto individuale, risultano superate ancora più decisamente di quanto la migliore dottrina abbia già fatto, grazie alla nozione più strettamente organicistica del fenomeno conseguita ed all'eliminazione del concetto d'imputazione giuridica di fatti. Superamento che apre piuttosto la via all'idea di una fattispecie complessiva di illecito della quale il fatto individuale (dell'organo come del

---

[815] V. per tutti AGO, *La regola del previo esaurimento dei ricorsi interni, Archiv. di dir. pubbl.,* III (1938), p. 5 ss. dell'estr. e *passim;* e le osservazioni del BISCOTTINI, *Scr.* cit., p. 32 s.

[816] V. MONACO, La responsabilità internaz. dello Stato per fatti di individui nella Rivista di dir. internaz., 1939, p. 3 ss., 193 ss.; ed Ago, Le délit cit., p. 59 ss.

[817] V. per tutti AGO, *Le délit* cit., p. 61-62; MONACO, *Scr.* cit., p. 194, 196 ss.

[818] La prima idea si trova alla base sia della dottrina della responsabilità dello Stato per «complicità » (*patientia* o *receptus)* sia delle teorie moniste che abbiano considerate. Essa è stata criticata soprattutto dall'ANZILOTTI, *Corso* cit.,. 432 ss. e dall'AGO, *Le délit* cit., p. 60 s. (oltre che nelle opere precedenti ivi citate). La seconda è respinta dall'*AGO*, *Le délit* cit., p. 61 in fine

[819] Supra. p. 250 ss

privato) viene a costituire una parte[820].

46. - Definito il fenomeno nei suoi termini generali - e non creiamo certo, con questo, di aver esaurito il problema - restano da precisare, ai nostri fini, i termini ch'esso assume nei casi particolari degli agenti diplomatici e dei comandanti supremi in tempo di guerra, nei quali l'Anzilotti, il Perassi ed altri autori ravvisano delle manifestazioni di «organizzazione» giuridica diretta dell'ente soggetto da parte del diritto internazionale, almeno nel senso che il rinvio al diritto interno (e per noi alla situazione effettiva) avrebbe solo lo scopo di determinare la qualità dell'individuo, mentre la delimitazione della competenza dell'organo così determinato sarebbe l'opera diretta del diritto internazionale[821]. Il punto essenziale da accertare è se la circostanza che per l'ordinamento internazionale al fatto del materiale compimento di certi atti da parte di un agente accreditato o di un comandante militare segue il sorgere di situazioni giuridiche da fatto soggettivo a vantaggio od a carico dello Stato implichi che l'agente diplomatico o il comandante militare abbia la qualità di «organo» dello Stato-soggetto nello stesso senso o in senso analogo a quello in cui è «organo» l'agente di una persona giuridica.

L'idea che si trovino realizzati gli estremi dell'organizzazione giuridica di un ente morale è smentita per noi dalla stessa dottrina in esame quando nega - come l'Anzilotti ed il Perassi certamente negano - che l'individuo internazionalmente designato diventi un soggetto, che i suoi atti assumano rilevanza giuridica come tali, e che l'individuo in questione si trovi legato all'ente soggetto da un rapporto giuridico. Come si è spiegato nel capitolo precedente, si ha organizzazione in senso giuridico solo quando l'agente è un soggetto, ossia opera come soggetto esso stesso in base ad un rapporto giuridico che lo

---

[820] V. Soprattutto AGO, *Op.* e l. cit., del quale è molto significativa, nel senso indicato nel testo (quale che sia il valore della distinzione), la classificazione dell'illecito per fatto di privati fra i delitti di «evento» anziché di «condotta» *(Le délit* cit., p. 62).

In senso esatto il BISCOTTINI, *Scr.* cit., p. 32-33, quando parla di «perfezionamento» dell'illecito internazionale nei suoi stadi ulteriori e riduce a «unità concettuale» i casi di responsabilità dello Stato per fatti di organi e quelli di responsabilità per fatti di individui. Esatto ci sembra anche il rilievo di questo autore, *Scr.* cit., p. 30, che «in taluni dei casi in cui si sostiene che lo Stato ha compiuto certe attività per adempiere agli obblighi derivanti dalla sua responsabilità, si sono avute solo attività svolte per evitare di incorrere in responsabilità internazionali».

A nostro avviso bisogna fare un passo ulteriore (dopo quello già compiuto dalla migliore dottrina - e specialmente dall'AGO - sia con il rigetto della teoria della responsabilità indiretta sia con l'accostamento della responsabilità per «fatto di privato» alla responsabilità per «fatto degli organi inferiori»). Quest'ultimo accostamento non dovrebbe significare, puramente e semplicemente, che anche nel caso di fatti di privati lo Stato risponde del fatto proprio in quanto la responsabilità non sorge, anche in questa ipotesi, se non in seguito ad un'azione od omissione di organi: dovrebbe significare, piuttosto, che in un certo senso il fatto del privato *organicamente* collegato allo Stato in maniera solo quantitativamente diversa (per la maggior «lentezza» del legame con il gruppo intero nel caso del privato) dal nesso organico che dal punto di vista internazionalistico lega allo Stato gl'infimi agenti della gerarchia statale. Bisogna tornare, insomma, per il fenomeno in esame - a differenza che per quello della responsabilità degli enti morali e dello Stato nel diritto interno - al concetto barbarico ma più appropriato della «solidarietà» del gruppo nel senso germanico (teoria sulla quale, in senso critico (a causa della soggezione dell'A. alla teoria degli enti morali), v. ANZILOTTI, *Corso* cit., p. 431-32).

Il compimento di questo passo in senso più strettamente organicistico agevolerebbe, a nostro avviso, la costruzione di molti fenomeni attinenti sia all'elemento oggettivo che a quello soggettivo dell'illecito internazionale in senso fondamentalmente conforme ai risultati delle indagini svolte dall'autore sopra ricordato sui vari aspetti del fenomeno.

[821] A parte i riferimenti già fatti alle opere dell'Anzilotti e del Perassi (di quest'ultimo spec. *Lezioni* cit., p. 107), v., in senso decisamente conforme, Morelli, *Nozioni* cit., ediz. 1951, p. 255 ss. e 233 s., e (per i comandanti militari) MONACO, *L'armistizio* ecc. cit, p. 31 s. e nota 1 ivi.

lega all'ente o in base, comunque, a norme che ne determino o valutino i comportamenti. Affermare che esiste organizzazione giuridica senza o indipendentemente dalla soggettività dell'agente, dalla rilevanza giuridica dei suoi atti e dall'esistenza di un rapporto giuridico *ad hoc* fra l'ente e l'agente è contraddittorio. Se la dottrina in esame non rileva la contraddizione, è perché è fuorviata dal pregiudizio organicistico e dal falso concetto d'imputazione criticato. Il primo errore la porta a ritenere che l'organizzazione di un ente morale non presupponga o non implichi la soggettività degli agenti. Il concetto falso dell'imputazione la porta a ritenere che l'ordinamento internazionale abbia comunque da svolgere una funzione di attribuzione di fatti individuali all'ente, quando è chiaro ormai che il diritto imputa solo situazioni soggettive[822].

Posto che non sussistono gli estremi dell'attribuzione di una qualità di agente o di una competenza (nel solo senso in cui questi termini hanno un significato), la spiegazione a nostro avviso più conforme ai termini reali del fenomeno è che gli agenti in questione, pur operando (al pari di tutti gli altri) come organi nel senso stretto spiegato,. vengono a trovarsi in una situazione peculiare rispetto agli altri - almeno relativamente ad una parte delle loro attività - sia per la maggiore intensità che le circostanze della loro missione conferiscono al legame di fatto che li stringe al gruppo (inteso questo nel senso più o meno ampio che vedremo) sia per il fatto che -specie nel caso degli agenti diplomatici ma anche in quello dei comandanti militari - i soggetti stessi che li utilizzano attivamente e passivamente sul piano internazionale risultano in un certo senso vincolati da norme pattizie o consuetudinarie a non sconfessare e (correlativamente) a non disconoscere l'attività da loro svolta in una sfera determinata. Legame e norme che trovano la loro ragion d'essere nella delicatezza delle funzioni che alle due categorie di agenti sono assegnate nel diritto interno e nelle maggiori esigenze di certezza che presentano i rapporti internazionalistici che essi trattano.

Per cominciare dall'agente diplomatico, innanzi tutto questo si trova, nei confronti degli Stati terzi (e nei confronti dello stesso Stato accreditatario per gli atti extra-missione) nella stessa posizione di qualunque altro membro dell'organizzazione dello Stato al quale appartiene. Quanto al rapporto fra accreditante ed accreditatario, l'atto di accreditamento non conferisce all'agente alcuna veste, funzione o competenza ad effetti giuridici internazionali. La veste, la funzione o la competenza è attribuita all'agente dalla investitura nell'ufficio in base al diritto interno dello Stato accreditante. È solo la coincidenza tra le sfere di attività determinate dai due atti -coincidenza che potrebbe anche mancare nell'eventualità di restrizioni «riservate» poste alla missione dalla cancelleria accreditante - che può creare l'impressione contraria. L'atto solenne di accreditamento e le eventuali norme consuetudinarie che lo contemplano creano soltanto una situazione caratterizzata da un lato da una specie di sanzione solenne (ma di fatto), da parte dello Stato accreditante, delle dichiarazioni che l'agente farà per esso, e dall'altro un vincolo in virtù del quale l'accreditante è impegnato ed autorizzato ad assumere come propri e l'accreditatario è impegnato ed autorizzato a considerare come provenienti dal

[822] Non ci attardiamo nemmeno a rilevare, dopo quanto abbiamo già detto in precedenza, l'errore di concepire delle norme attributive di competenza ad una specie di «ufficio» internazionalmente rilevante i cui titolari verrebbero ad essere poi determinati in linea di mero fatto. Per noi le norme attributive di competenza agli «uffici» delle persone giuridiche *fanno contesto con quelle che individuano i singoli agenti.*

primo le dichiarazioni rese dall'agente entro la sfera stabilita.

Gli atti compiuti dall'agente al di fuori dell'ambito della «missione» - nei rapporti fra accreditante e accreditatario come in quelli con i terzi - restano, per quanto riguarda la loro integrazione come atti del gruppo, entro lo schema generale, salvo il più intenso legame di cui si è detto e che non può mancare d'influire sulla integrazione stessa anche in questa ipotesi. Gli atti compiuti entro la sfera della missione, invece, mentre da un lato costituiscono, al pari di tutti gli altri atti d'individui agenti, delle determinazioni o dichiarazioni destinato ad integrare, in fatto, il contenuto di un «atto dello Stato accreditante» e sono integrate, in un certo senso *a priori*, dallo stesso atto di accreditamento in quanto espressione solenne del consenso del gruppo o dei suoi organi centrali all'assunzione di certe funzioni da parte dell'agente, si presentano, al tempo stesso, in quanto fatti posti in essere dall'agente entro la sfera stabilita dagli Stati con l'atto di accreditamento (o con il riferimento a qualifiche o norme consuetudinarie), come dei fatti giuridici in senso stretto concretanti l'obbligo-diritto dello Stato accreditante di far proprie (ossia di integrare in un atto proprio) le determinazioni o dichiarazioni dell'inviato e il diritto-obbligo correlativo dello Stato accreditatario di considerare la determinazione o dichiarazione stessa come proveniente (ciò integrata) dall'accreditante.

A parte gli argomenti di ordine negativo esposti, questa costruzione si conforma più di ogni altra, nella individuazione dell'elemento peculiare della figura in esame, al concetto di un rapporto giuridico internazionale *bilaterale* fra accreditante ed accreditatario sostanzialmente non dissimile dal rapporto fra il soggetto attivo e quello passivo della dichiarazione fatta mediante un *nuncius* incapace. La dottrina dominante in Italia di una determinazione giuridica internazionale dell'agente-organo o almeno della sua competenza (ispirata, sul terreno generale, al solito indirizzo giuridico-organico) crede forse di trovare un sostegno proprio in questo rapporto bilatero: sostegno che per i monisti sarebbe rafforzato dall'idea della soggettività mediata dello stesso agente (che implicherebbe addirittura l'esistenza d'un rapporto trilatero ancora più vicino alla rappresentanza) e per i dualisti potrebbe trovare conferma nella circostanza che gli agenti in questione appaiono «distaccati» dalla compagine statuale e in questo senso più «individualmente» designati sul piano internazionale. Tanto l'una che l'altra idea, peraltro, si trova smentita dal dato che se lo Stato accreditante è tenuto giuridicamente (da diritto pattizio o consuetudinario) a riconoscere come proprie - salvo ipotesi eccezionali evidenti - tutte le dichiarazioni fatte dall'inviato entro i limiti della missione notificata (e l'accreditario è tenuto all'obbligo-diritto correlativo), *I'inviato stesso* non ha alcuno dovere *internazionale* di contenere la propria attività entro la sfera segnata, ogni suo dovere del genere rilevando esclusivamente dal diritto interno. Situazione giuridicamente negativa, dunque, quella dell'inviato, che trova il suo riflesso nella titolarità strettamente statuale delle immunità e dei privilegi[823]. Questo significa, per chi

[823] «Diplomatic envoys - dice un autore che nessuno potrebbe taccare di concettualismo - are just as little sobjects of International Law as are Heads of States… ((Their)) position in given to them by International Law, not as individuals but as representative agents of their States» (OPPENHEIM, *International Law* cit., I. p. 705). «Thus a diplomatic envoy in not a subject but an *object* of International Law, and is, in this regard, like any other individua1» *(Op.* cit., p. 706). L'idea di un agente operante non come «individual» ma soltanto come «representative agent» corrisponde - nonostante l'apparente bisticcio determinato dall'uso del concetto di rappresentanza - all'idea di un *nuncius* piuttosto che a quella di un rappresentante, i cui atti dovrebbero assumere o poter assumere rilevanza diretta ed

abbia la netta percezione della differenza fra organicità e rappresentanza, che non si ha costituzione di un organo in senso giuridico (per noi, cioè, di un «agente») ma solo di uno speciale strumento materiale delle relazioni fra i due Stati. Idea che valorizza tutte le altre, note caratteristiche degli agenti diplomatici rispetto agli altri organi degli Stati. Un tempo essi erano così *materialmente* legati alla persona del sovrano da portarne seco le prerogative. Oggi essi sono pezzi della macchina statale, distaccati dal grosso, veri portavoce della potenza che li accredita e strumenti di recezione delle comunicazioni dell'accreditatario, privi, proprio come il *nuncius*, di qualsiasi potere o dovere in ordine alla formazione e manifestazione della volontà che esprimono[824]. Non c'è dunque per questi agenti *più* legittimazione internazionale di quanta non ve ne sia per gli altri, anzi ce n'è meno[825] [826].

Quanto al caso del comandante supremo, il fenomeno è sostanzialmente identico, ed è determinato da una esigenza analoga di certezza delle contrattazioni)[827]. La differenza essenziale rispetto al caso precedente sta nel fatto che la sfera entro la quale sussistono l'integrazione preventiva di fatto derivante dalla preposizione e l'obbligo speciale d'«integrazione» o di «non sconfessione» è determinata in questo caso in modo più completo e tassativo da norme consuetudinarie. Nel caso dell'agente diplomatico, gli Stati interessanti godono di una autonomia notevole nella determinazione di quella sfera. Nel caso del comandante supremo, invece - dal quale esula l'elemento contrattuale che si manifesta nell'atto di accreditamento -, la sfera della c. d. «competenza» dell'agente è determinata senz'altro da norme consuetudinarie, che entrano in funzione automaticamente per effetto della condotta effettiva delle ostilità da parte di un individuo determinato.

---

importare una responsabilità dell'agente in caso di abuso del mandato

[824] «Mouthpiece of the head of his home State and its Foreign Secretary», chiama l'agente diplomatico l'OPPENHEIM, *International Law* cit., I, p. 703.

[825] È questo il concetto che esprime il ROSS, *A text-book* cit., p. 199 ss., quando parla di «instruments of negotiation» (p. 201), e soprattutto precisa che «*espressa in termini di diritto privato* la posizione degli agenti diplomatici è semplicemente quella di un "*messenger*'', non di un "agent''».

[826] Per una costruzione forse diversa da quella dell'ANZILOTTI e del PERASSI, *v.* BISCOTTINI, *Volontà* ecc. cit., p. 38-39. Questa costruzione non ci sembra accettabile, però, in quanto il ricorso al criterio indifferenziato dell'effettività non tiene conto della caratteristica particolare che il fenomeno assume nelle due figure in questione.

[827] Dato che per noi non esiste un problema d'imputazione giuridica di fatti, e dato che le norme interne sono meramente indicative dello stato di fatto (per noi come per la dottrina citata), non sussiste evidentemente - nemmeno in questo caso - il problema di ricerca di norme che si pone il MONACO, *L'armistizio*, l. ult. cit. (nota). Oltre all'attribuzione di rilevanza agli atti ed alle convenzioni «stipulate» dal comandante militare, il solo fenomeno normativo che venga in considerazione è costituito dall'obbligo internazionale di non sconfessione dell'attività svolta entro la sfera segnata dalle norme consuetudinarie. Salve, anche qui, le ovvie eccezioni.

CAPITOLO III
GLI ENTI, SOGGETTI PRIMARI COME PERSONE REALI

SOMMARIO. § I. *La conclusione negativa del confronto e la nozione dei soggetti in esame come enti reali dati:* 1. Significato di ciascuno degli elementi raccolti e della loro combinazione. - § II *Lo Stato del diritto interno e l'ente soggetto di diritto internazionale come entità distinte e diverse:* 2. La dottrina dualista dello Stato nel senso del diritto interno e la dottrina monista dello Stato nel senso del diritto internazionale e le loro deficienze. - 3. Superamento di entrambe nella distinzione fra lo *Stato*-ente giuridico del diritto interno e l'ente reale elevato a soggetto dal diritto internazionale. - § III. *La nozione degli enti soggetti immediati come persone reali e la teoria generale dell'ordinamento:* 4. Natura «giuridicamente semplice» degli enti *soggetti* diretti, base sociale dell'ordinamento internazionale e rapporto fra diritto internazionale ed interno. - 5. La natura giuridicamente semplice degli enti soggetti diretti, la concezione privatistica del diritto internazionale e la teoria delle fonti e dell'evoluzione dell'ordinamento.- § IV. *La nozione raggiunta e la teoria dei. soggetti:* 6. Capacità giuridica e capacità di agire. - Il problema dell'individuazione dell'ente reale e l'indagine successiva. Rinvio.

§ I. - *La conclusione negativa del confronto.*

1. - I tre elementi negativi rilevati nel capitolo precedente sono legati fra loro in modo che ognuno di essi implica tutti gli altri. Tutti e tre sono conseguenza della struttura dell'ordinamento internazionale (e della società internazionale stessa). E tutti e tre costituiscono, singolarmente e nel loro insieme, un impedimento alla nozione degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale come persone giuridiche. Sempre che, beninteso, si parta dalla più esatta nozione di persona giuridica dalla quale siamo mossi.

La possibilità e l'opportunità stessa che un ordinamento giuridico istituisca delle persone giuridiche in senso tecnico - e non fa differenza che l'istituzione abbia luogo per iniziativa di privati o dell'autorità costituita - presuppone la possibilità per l'ordinamento stesso di costituire rapporti di diritto ed obbligo fra quegl'individui nell'interesse dei quali l'ente viene in essere, e dall'attività giuridicamente rilevante dei quali potranno venire realizzate le fattispecie alle quali l'ordinamento ricollega come effètto le situazioni giuridiche soggettive (strumentali) facenti capo all'ente. Solo la posizione di soggetti degl'individui che compongono la base sociale dell'ordinamento statuale può consentire la costituzione - per effetto della realizzazione di una fattispecie istitutiva posta in essere anch'essa da individui soggetti (associazioni e fondazioni private) o di un fatto od atto normativo operante nei confronti d'individui (p. g. pubbliche) - di quell'ordinamento di rapporti interindividuali che è, come s'è visto, la vera essenza dell'ente morale. L'esistenza della soggettività giuridica internazionale degl'individui costituirebbe quindi la condizione indispensabile perché l'ordinamento giuridico internazionale «creasse» ed «organizzasse» gli «Stati» e quindi potesse conoscere una fattispecie giuridica corrispondente all'esistenza (e rispettivamente alle modificazioni ed all'estinzione) degli Stati. Ed è lo stesso difetto di soggettività degl'individui che costituisce un ostacolo all'organizzazione giuridica internazionale dei singoli enti soggetti agli effetti della loro attività esterna. La mancanza della soggettività degl'individui, dunque, costituisce l'indizio più sicuro dell'inesistenza di una persona giuridica internazionale «Stato», in quanto ne fa una impossibilita logica. Per converso, il fatto che non risulti che l'ordinamento «crei» gli Stati come ordinamenti o comunità giuridiche parziali esclude che gli Stati siano costruiti dall'ordinamento internazionale in funzione della disciplina della vita di relazione interindividuale. Il che esclude, per l'appunto, che gl'individui sian soggetti di diritto internazionale. Il fatto poi che l'ordinamento internazionale non organizzi gli enti soggetti nemmeno agli effetti della loro attività internazionalmente rilevante (attività c. d. «esterna»), costituisce una riprova sia del difetto di legittimazione

degli Stati da parte dell'ordinamento internazionale, sia del difetto di soggettività internazionale degl'individui. L'idea che l'ordinamento organizzi i c. d. «enti collettivi» solo per permettere agli enti stessi di «agire» - idea tipica delle dottrine organicistiche, giuridico-organiche e sociologiche degli enti morali - è errata perché non vi è nessuna ragione che l'ordinamento «organizzi» degli enti dei quali si occupa soltanto allo scopo di regolarne i rapporti con altri enti ad essi *esterni.* Se l'ordinamento considera rilevante l'organizzazione dell'ente è perché mira, al di là o al di qua dei c. d. rapporti «esterni» dell'ente in sé, agl'individui che si muovono nell'ambito dell'ente, e per gl'interessi e le attività giuridicamente rilevanti dei quali l'ente è costituito. La differenza fra rapporti esterni e interni all'ente è soltanto una diversità di grado fra le nonne dell'ordinamento dello Stato che considerano *formalmente* il gruppo come unità e le norme dello stesso ordinamento dello Stato (ma poste da fonti inferiori o delegate) che vengono a costituire l'*unità giuridica* nel senso che s'è spiegato a suo tempo. In definitiva, si tratta sempre di rapporti giuridici interindividuali. Rapporti e organizzazione *interna* e rapporti ed organizzazione *esterna* sono soltanto due facce della stessa medaglia. L'ente giuridico.

Date le caratteristiche rilevate, gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale sarebbero assimilabili alle persone giuridiche in senso tecnico soltanto quando s'intendessero quest'ultime nel senso organicistico ed antropomorfico in cui la dottrina che non condividiamo le intende. Se si parte da una nozione dell'ente morale conforme alla realtà, gli enti in questione non risultano invece in possesso di un solo carattere che li avvicini alle persone giuridiche in senso tecnico. Ciò vale, si badi bene, per quello stesso carattere di *enti collettivi* che generalmente essi presentano e che li distingue dalle persone fisiche di diritto interno. Più che agli enti corrispondenti alle persone giuridiche, invero, questo loro carattere assimila gli enti in questione a quello che con termine ambiguo viene designato generalmente come «sostrato» della persona giuridica, e che si è visto essere estraneo all'essenza dell'ente corrispondente alla persona giuridica e rappresentare piuttosto un elemento della *fattispecie costitutiva* o l'*attuazione* dell'ente giuridico. Si è visto, infatti, che l'elemento reale della persona giuridica in senso tecnico non è condizione *né necessaria* né *sufficiente* per l'esistenza dell'ente soggetto. L'elemento reale degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale - qualità di soggetto a parte - è invece proprio condizione e *neressaria e sufficiente* per l'esistenza dell'ente. È in esso, anzi che l'ente si risolve[828]. In altri termini, gli enti soggetti dell'ordinamento r

[828] Questo rilievo vale a chiarire il rapporto della conclusione raggiunta con le concezioni che inquadrano la nozione degli enti soggetti come enti di fatto nelle cosiddette teorie «realistiche» od «organiche» delle persone giuridiche in senso tecnico e dello Stato in particolare («Stato» come ente a due facce), vuoi identificando l'ente con l'organizzazione o l'insieme dei funzionari (come gli autori citati *supra,* note 8 ss., p. 28 s.) vuoi criticando comunque indiscriminatamente la nozione dello Stato come ente giuridico senza eccettuare lo Stato del diritto interno (AGO, *Lezioni,* cit., p. 15 spec. 19-20; QUADRI, *La sudditanza,* cit., p. 1 ss.; *Stato,* cit., *passim,* e *Dir. internaz. publ.,* cit., p. 36, 317 s.; ZICCARDI, *La costituz.,* cit. p. 355 ss.: GIULIANO. *La comunità internaz.,* ecc. cit., spec. p. 246 s., e nello stesso senso, implicitamente, la maggior parte della dottrina italiana e straniera).

La nostra conclusione trova appoggio in queste concezioni, in quanto esse accentuano, nel loro complesse, la nozione degli enti soggetti come gruppi di fatto. Respingiamo peraltro l'identificazione con le persone giuridiche, innanzi tutto perché non condividiamo le teorie che tendono a spiegare la persona giuridica come fenomeno storico-sociale anziché giuridico e che costituiscono, come si è visto, dei veri e propri errori dal punto di vista della realtà giuridica degli ordinamenti statuali. Dall'altro lato le stesse teorie, pur anteponendo ingiustificatamente il fatto al diritto nella nozione dell'ente persona giuridica in generale, riconoscono più o meno largamente che una parte il diritto pure la svolge nella costituzione e nell'essenza dell'ente medesimo: con la conseguenza che la loro estensione alla nozione

differiscono dalle persone giuridiche in senso tecnico *proprio nella stessa misura* in cui le concezioni organiche ed antropomorfiche delle persone giuridiche differiscono dal concetto di ente morale al quale siamo pervenuti nel capitolo precedente[829].

Gli enti soggetti in questione sono delle unità di fatto, enti (giuridicamente) semplici. Si tratta, beninteso - salvo che l'ente coincida esattamente con la persona fisica del signore o sovrano assoluto -, di enti collettivi. Essi si presentano, tuttavia, all'ordinamento internazionale, nella loro unita storico-sociale e non come entità modellate del diritto. Anziché «creazioni» dell'ordinamento internazionale (*dover essere*), essi sono i prodotti della causalità storico-sociale e di tutti i fattori di cui essa si compone. L'affermazione corrente che il diritto internazionale «presuppone» lo Stato significa proprio questo. È dunque errato riferirsi agli Stati come a persone giuridiche o enti morali di diritto internazionale[830] [831].

---

degli enti soggetti dell'ordinamento internazionale introdurrebbe nella nozione di questi enti un elemento giuridico che ne è assolutamente estraneo.

Questi rilievi valgono soprattutto per il QUADRI ed il GIULIANO, *Op*. e ll. citati alla nota menzionata, che hanno dato il massimo sviluppo alle concezioni in parola (sulla scorta del Marinoni e del Donati), tenendo ferma sempre l'idea dell'ente a due facce: sia in quanto neghino (come fa il Quadri) la stessa proponibilità di una nozione internazionalistica degli enti soggetti, sia in quanto neghino la natura prettamente giuridica dello Stato dal punto di vista interno (come fa il Giuliano). Saremmo anzi curiosi di sapere, per quanto riguarda il secondo di questi autori, sulla base di quale nozione della persona giuridica dello Stato dal punto di vista interno egli scioglierà le riserve che formula in merito alla proprietà della qualificazione degli Stati-soggetti dell'ordinamento internazionale come enti morali (*supra*, p. 27, in nota). Stando alla concezione dèllo Stato e del diritto che egli professa -, nozione che costituisce una via di mezzo, se non erriamo, fra quella del Romano e quella marxistaleninista (*Considerazioni sulla costruzione*, cit., spec. p. 194 e rinvio ivi e *La comunità*, ecc. cit., *passim*) - il Giuliano dovrebbe respingere quella natura meramente giuridica dell'ente morale e dello Stato, che noi desumiamo dalla migliore dottrina individualistica del diritto e dello Stato (concezioni «finzionistiche» e «giuridiche-pure» degli enti morali), e che costituisce a nostro avviso la ragione fondamentale per cui è da escludere che gli Stati-soggetti dell'ordinamento internazionale siano delle persone giuridiche (v. la nota seguente e la nota 22 a questo Capitolo). Il Giuliano, infatti, finisce per ridurre la critica della nozione dominante dell'*ente* ad una critica della teoria della norma *ad hoc* attributiva della *personalità* e della *capacità* internazionale, dimenticando che, norma o non norma *ad hoc*, la personalità resta un fenomeno giuridico in *ogni caso*, tanto per le persone fisiche quanto per gli enti morali. Ed un fenomeno giuridico è anche la capacita (sulla quale v. *infra*, p. 403), sia nelle persone fisiche sia nelle persone giuridiche. L'elemento differenziale sta nella natura *dell'ente assunto a centro d'imputazione nei due casi.*

Per il resto della dottrina, generalmente più lontana dalla percezione del problema, ci limitiamo a rinviare ai riferimenti bibliografici delle pagine 26 ss.

[829] Si potrebbe pensare che per giungere alla conclusione esposta non vi sia bisogno di professare una concezione così strettamente *giuridica* delle persone giuridiche come quella che si è descritta nel Capitolo primo di questa parte, e che riduce le persone giuridiche ad entità giuridiche. Potrebbe sembrare sufficiente una concezione della persona giuridica che salvasse solo per certi punti la distinzione fra persone giuridiche e persone fisiche, accettandone, p. es., il solo elemento costituito dalla presenza nell'ente di un ordinamento giuridico interno o di un'organizzazione giuridica agli effetti esterni. A nostro avviso si sarebbe in errore, perché la semplice ammissione che la persona giuridica coincida, sia pure in minima parte, con un ente reale dato (collettività, organizzazione effettiva, patrimonio) - ammissione contraria alla realtà giuridica che fa coincidere il centro di soggettività formale con un'entità giuridica - implicherebbe senz'altro la possibilità di tener ferma la nozione dominante degli Stati-soggetti dell'ordinamento internazionale. A parte la differenza costituita da una più profonda penetrazione del diritto nella struttura e vita interna dell'ente morale nel diritto interno, ci troveremo in entrambi i casi di fronte ad una *entità reale dota.* Ed è questo il punto essenziale del preteso parallelismo che risulta più sicuramente smentito dal confronto svolto.

[830] Ciò è già avvertito acutamente dal GHIRARDINI, *La comunità*, ecc. cit., spec. p. 74 s., in nota, il quale non solo mette in guardia la dottrina contro il «pericolo» di paragonare gli Stati nell'ordinamento internazionale alle persone giuridiche, ma osserva pure che se si distinguessero più nettamente le persone «sociali» [quelle che noi chiamiamo persone «reali»] dalle persone giuridiche - configurando gli uomini, con il Kelsen, come persone «sociali» e come i «gestori» delle persone giuridiche -, gli Stati apparirebbero nell'ordinamento internazionale come persone «sociali». Il Gh. s'arresta, però, a questo punto, perché in ultima analisi non condivide la concezione strettamente giuridica degli enti morali né la netta contrapposizione tra le due specie di soggetti, e conclude qualificando gli Stati

§ II. - *Lo Stato del diritto interno e l'ente soggetto di diritto internazionale come entità distinte e diverse.*

2.- Il corollario fondamentale della conclusione raggiuntaci - corollario del quale vedremo l'integrazione quando avremo determinato la composizione degli enti soggetti dal punto di vista materiale - è il chiarimento del rapporto fra lo, Stato del diritto interno e il diritto interno stesso da una parte e l'ente soggetto di diritto internazionale corrispondente ed il diritto internazionale stesso dall'altra. Viene a cadere, da questo punto di vista, tanto l'idea dualista che lo Stato soggetto di diritto internazionale sia lo Stato nel senso del diritto interno», quanto l'idea monista o monisteggiante che lo Stato-soggetto di diritto internazionale sia lo «Stato nel senso del diritto internazionale». Questione che è teorica fino ad un certo punto. Come si è visto in sede di posizione del problema, hanno torto sia i dualisti, quando ne contestano la esistenza per rimettersi senz'altro al diritto interno, sia i monisti, quando ne riconoscono l'esistenza per attribuire senz'altro all'ordinamento internazionale un atteggiamento attivo in merito all'organizzazione delle comunità giuridiche statuali. La conclusione negativa raggiunta ci consente ora di valutare a fondo il merito delle due posizioni, e di proporne una terza più rispondente alla realtà delle cose.

a) Per cominciare dalla dottrina in un certo senso a noi più vicina dal punto di vista del merito (ma la più lontana, come si è visto, sul punto di metodo), gli autori che identificano l'ente soggetto di diritto internazionale con lo Stato del diritto interno - non importa se per passiva recezione della nozione «interna» o in seguito a più o meno approfondito esame del problema - sono evidentemente costretti all'alternativa di ridurre ad ente reale dato (ente di fatto) lo Stato del diritto interno[832] o di elevare ad ente giuridico l'ente soggetto di diritto internazionale corrispondente[833], contraddicendo la

---

prima come persone giuridiche «oltre che sociali» e poi come «finte persone sociali». Pur essendo profondamente conscio del fatto che la «cerchia sociale» dell'ordinamento internazionale «è data come aggregato di aggruppamenti» (*Op. cit.*, p. 75 in nota), il Ghirardini è sviato in sostanza dalla impropria concezione dominante dell'ente morale (*Op. cit.*, p. 75 s., nota), e dall'idea che anche gli Stati del diritto internazionale siano persone «finte». Ed è proprio questa concezione che lo porta a ritenere che la società internazionale sia pur sempre, in ultima analisi, una società di uomini, che gli Stati siano «organi» o «strumenti del diritto internazionale», e che quella dello Stato sia una nozione «giuridica» internazionale: idee tipiche della dottrina monista.

Una intuizione analoga si trova, come s'è visto, in GIULIANO, *La comunità*, ecc. cit., sulla posizione del quale v. la nota 1 al presente Capitolo.

[831] Lo stesso vale per la qualifica di «*enti astratti*» attribuita agli enti soggetti dell'ordinamento internazionale. Questa espressione non incontra da parte nostra alcuna obbiezione se con essa si allude alla circostanza che l'unità degli enti soggetti in questione, non costituendo un fatto tangibile, è percepibile solo alla mente umana e in particolare alla pratica e alla scienza del diritto.

Non si può non osservare, tuttavia, che la stessa espressione è usata dalla dottrina civilistica per designare proprio le persone giuridiche private e pubbliche. In tal caso, per astrazione s'intende o il fatto che le persone fisiche di un dato ordinamento o un certo numero di esse considerino il gruppo da loro costituito, il patrimonio da loro raccolto o lo scopo comune ch'esse si propongono come una entità unitaria e distinta, oppure - impropriamente una in senso più conforme alla concezione esatta delle persone giuridiche - l'operazione che l'ordinamento stesso compie allorché assume l'ente a soggetto unitario. In questo senso il termine sarebbe improprio per designare i soggetti primari in esame.

[832] Come fanno gli autori citati alla nota 1, ed a quella ivi richiamata.

[833] È questo l'atteggiamento di una parte della dottrina italiana e specialmente del GHIRARDINI, *La comunità internaz. ed il suo dir.*, cit., p. 72-73, ed al quale si avvicinano a volte altri autori (BALLADORE PALLIERI, specie nella teoria ricordata su *L'estinzione di fatto*, ecc. cit. *supra*, p. 231 ss.). Queste posizioni finiscono per confondersi con la teoria monista dello Stato nel senso del diritto internazionale.

realtà o dal punto di vista interno o dal punto di vista del diritto internazionale, e trovandosi, nell'uno come nell'altro caso, nell'impossibilità di spiegare in maniera coerente l'eventuale difetto di coincidenza fra la persona giuridica o istituzione statuale interna da una parte e l'ente o gli enti soggetti di diritto internazionale dall'altra.

Coloro che seguono la prima via, devono necessariamente rifarsi a quelle concezioni cosiddette realistiche, antropomorfiche ed organiche dello Stato e delle persone giuridiche in genere, che escludono dallo Stato l'elemento giuridico e se hanno il merito di spiegare, anteponendo lo Stato al diritto, l'origine sociale dell'ordinamento, falsano quel concetto di Stato e di persona giuridica che è indissolubilmente legato, all'interno, con la qualificazione giuridica della realtà sociale. Essi soddisfano quindi l'esigenza di una nozione realistica dell'ente soggetto di diritto internazionale alle spese della nozione giuridica dello Stato dal punto di vista del diritto interno. Coloro che seguono l'opposta tendenza, di conformare la nozione dell'ente soggetto di diritto internazionale a quella dello Stato del diritto interno, sono indotti ad attenuare o negare del tutto la natura di mero fatto dell'ente soggetto, sino ad identificarlo, al pari delle persone giuridiche, con l'ordinamento giuridico stesso[834]. Essi soddisfano, così, l'esigenza della nozione dello Stato del diritto interno ma falsano in ugual misura la nozione dell'ente soggetto, la cui concezione come ordinamento è in contrasto con tutti i dati offerti dalla realtà giuridica internazionale e soprattutto con il dato dualista della separazione fra diritto internazionale e interno, dal quale essi muovono.

Gli uni e gli altri, poi, dimenticano proprio quei fenomeni che dimostrano in modo inoppugnabile la mancanza di coincidenza fra l'ente soggetto di diritto internazionale e lo Stato del diritto interno, e si trovano per es. in contraddizione quando si chiede loro di spiegare il fenomeno dello sdoppiamento dell'ente soggetto di diritto internazionale nel caso d'insurrezione o guerra civile già considerato[835]. Stando all'identificazione alla quale per un verso o per l'altro queste dottrine pervengono, dovremmo avere o *un solo ente reale* tanto sul piano interno che su quello internazionale oppure *un solo ente giuridico.* La verità, invece, è che sul piano del diritto interno esiste un solo ente giuridico, la persona legittima dello Stato, che continua a sussistere come ente morale (o come istituzione priva di soggettività) entro l'ordinamento statuale dato. Sul piano del diritto internazionale esistono *due enti reali soggetti.*

A parte questi rilievi, poi, l'idea che il soggetto di diritto internazionale sia lo Stato del diritto interno è sbagliata perché trapianta la concezione dello Stato come istituzione od organizzazione sociale interindividuale nell'ambito di una società e di un ordinamento diverso da quello suo proprio. A parte quanto avremo occasione di rilevare nella Parte III di questo lavoro in merito alla non coincidenza fra enti soggetti e Stati anche dal punto di vista materiale, questa recezione del concetto dello Stato del diritto interno è assolutamente inconciliabile con l'asserzione dualista fondamentale e i dati di cui essa è l'espressione. Se fosse vero che gli enti soggetti corrispondenti agli Stati sono gli Stati

---

[834] Così ha fatto, p. es., il GHIRARDINI, *La comunità internaz.*, ecc. cit., ll. cit. alla nota 3. Ma l'idea è utilizzata più o meno esplicitamente da molti autori, ed è particolarmente evidente nell'impropria affermazione che l'ordinamento giuridico costituisca un elemento o una caratteristica dell'ente soggetto. Vi insiste, a un certo punto, lo stesso ANZILIOTTI; *Corso*, cit., p. 168.

[835] *Supra*, p. 34 ss. e 184 s.

stessi del diritto interno, della sociologia e della storia, sarebbe logico ritenere, come fanno i monisti, che l'ordinamento internazionale «legittimi» esso stesso gli Stati, perché esso regolerebbe in tal caso rapporti fra istituzioni giuridico-sociali. E questo significherebbe che i soggetti non sono gli Stati del diritto interno ma gli Stati del diritto internazionale, che è la tesi monista.

b) Quanto alle teorie dello «Stato nel senso del diritto internazionale»[836], esse sfuggono in un certo senso alle contraddizioni rilevate ma incappano per altro verso in difficoltà ancora più serie. Ma qui bisogna distinguere l'insegnamento dell'Anzilotti già ricordato, da una parte, e le note dottrine moniste dall'altra.

Per la teoria dell'Anzilotti è presto detto, giacché si tratta con tutta evidenza di un *lapsus* formale[837]. L'Anzilotti voleva dire che l'ordinamento internazionale eleva a soggetti anche enti che non sono qualificabili come Stati *dal solo punto di vista dal quale si può parlare di Stati:* (vale a dire dal punto di vista del diritto interno, della sociologia o della storia). Egli non voleva dire che il diritto internazionale «istituisce» «determina», «delimita», «delega» o comunque legittima gli Stati, nel senso in cui ritengono che ciò avvenga i sostenitori monisti o monisteggianti della teoria dello «Stato nel senso del diritto internazionale»[838].

Quanto alla teoria monista, infine, essa ha senza dubbio il merito di adottare la sola costruzione del fenomeno che sarebbe compatibile con l'idea che gli enti soggetti corrispondenti agli Stati siano gli Stati stessi. Essa ben osserva, per l'appunto, che la sola condizione alla quale il diritto internazionale potrebbe prendere in considerazione gli Stati e che esso cominci con il legittimare e delimitare gli Stati stessi o i loro ordinamenti. Sarebbe evidentemente assurdo che l'ordinamento internazionale si occupasse dei rapporti fra le istituzioni-Stati lasciando che la loro esistenza e le, loro modifiche e la loro durata restino soggette alla sola legge della causalità storica o al solo diritto interno di ciascuno Stato. La dottrina precedente dello Stato nel senso del diritto interno non sarebbe sostenibile, logicamente, che sulla base dell'idea del primato del diritto interno[839]. Ma dopo quanto si è detto sul processo formativo-estintivo e sulla organizzazione degli Stati dal punto di vista del diritto internazionale dovrebbe ormai essere chiaro che la maggior coerenza della teoria monista in esame - coerenza veramente invidiabile - è solo il portato del fatto che la qualifica di «Stato nel senso del diritto internazionale» è tautologica quanto la pretesa norma di legittimazione-

---

[836] V. *supra*, p. 192 55. ed i riferimenti ivi. Fra gli autori non decisamente monisti adoperano questo concetto, ZORN, *Grundzüge des Völkerrechts*, Lipsia, 1903, p. 26, nonchè il GHIRDINI, *La comunità*, cit., p. 76 in nota (sul quale v. peraltro la nota 3), e l'ANZILOTTI, *Op*. l. cit., *supra*, p. 29, nota 32.

[837] *Supra*, luogo cit. alla fine della nota precedente.

[838] Se questo egli avesse inteso dire, l'Anzilotti avrebbe evidentemente contraddetto il suo insegnamento dualista, perché un atteggiamento del genere dell'ordinamento internazionale implicherebbe che esso si occupasse del «governo» delle comunità interindividuali, legittimando i poteri in esse costituiti e quindi gli ordinamenti in esse vigenti. Non mi pare intenda il punto il SIOTTO PINTOR, *Les sujets*, cit., p. 256 s. (come non l'intende il CAVAGLIERI, *Op*. l. cit., *supra*, p. 228 in nota).

[839] In questo caso non sussisterebbe più. evidentemente, la contraddizione, rilevata nella teoria precedente, fra l'idea dell'identità dell'ente soggetto con lo Stato del diritto interno e il fenomeno della soggettività degli insorti o dello Stato separato non riconosciuto dalla madrepatria. L'ente soggetto di diritto internazionale sarebbe, in tale ipotesi, per il diritto pubblico esterno di ciascuno Stato (o ente assimilato), l'ente o l'istituzione stessa dalla quale il diritto pubblico esterno emana. Il problema verrebbe annullato, cioè, in quanto ogni ente storicamente costituitosi avrebbe un proprio diritto internazionale: e cosi accadrebbe per i partiti-governi insurrezionali e per gl i Stati separati.

derivazione che dovrebbe attribuirla. È ben vero, in altri termini, che la costruzione monista evita l'incongruenza della costruzione precedente (*a*), di qualificare un partito insurrezionale o uno Stato separato come «Stato» in base ad un ordinamento interno rispetto al quale l'ente stesso è illegittimo (o tutt'al più né positivamente né negativamente qualificato). A chiaro, d'altra parte, che essa non offre una vera alternativa a quella costruzione, perché in pratica tutte le formazioni statuali sono buone per il diritto internazionale come sono buone tutte le forme possibili di organizzazione delle comunità interindividuali corrispondenti, e non c'è attività interna dello Stato (o degli agenti delle comunità interindividuali) - anche se si tratta di attività imposte o vietate allo Stato unitariamente considerato - che risulti invalidata per opera del diritto internazionale stesso agli effetti interni.

3. - La soluzione esatta del rompicapo balza fuori nettissima, invece, quando si percepisca la natura non giuridica né istituzionale ma «reale data» a degli enti soggetti corrispondenti *grosso modo* agli Stati ed agli enti assimilati, in contrapposto alla natura giuridica dello Stato nel diritto interno e delle persone giuridiche in genere.

Le due concezioni dominanti incorrono in sostanza in assurdità diverse ma equivalenti. La prima tende a portare nell'ambito dell'ordinamento della comunità internazionale e della sua scienza un istituto giuridico ed una nozione *ad essi estranei* in quanto dedotti dal diritto interno o dalla scienza del diritto delle società interne così come essi risultano a questa scienza. La seconda tende anch'essa ad attribuire all'ordinamento internazionale un istituto ed una nozione ad esso estranei, solo che anziché configurare, come la prima, l'assunzione dell'istituto o della nozione da parte del diritto internazionale e della sua scienza come un fenomeno di passiva recezione, essa tende ad attribuire allo stesso diritto internazionale ed alla sua scienza un istituto ed una pretesa nozione (tautologica) analoga, conferendo così al diritto internazionale una funzione relativa ad un fenomeno che esso non prende in considerazione per il fatto che è estraneo alla sua ragion d'essere.

Quando si abbia chiara, invece, la percezione della natura di fatto degli enti soggetti corrispondenti agli Stati ed ai gruppi assimilati, ogni contraddizione risulta eliminata senza cadere nell'irrealistica se pure comoda costruzione dei monisti, perché l'ente risulta distinto e diverso dallo Stato. Gli Stati e i gruppi assimilati dei rispettivi ordinamenti sono le istituzioni, le entità giuridiche corrispondenti agli ordinamenti medesimi; dover essere che con il sostrato non si identificano. Gli enti soggetti corrispondono a quello che i teorici delle persone giuridiche definiscono come il sostrato della persona giuridica, che è un essere. Gli enti soggetti in esame, in altri termini, sono entità *distinte* come individualità e *diverse* per natura dagli enti ai quali *grosso modo* corrispondono, e che sono o non sono soggetti nei rispettivi ordinamenti[840].

---

[840] E questa, per noi, la replica dualista all'avvertimento del KELSEN - ricordato in sede introduttiva (*supra*, p. 22, nota 34) - in merito all'incoerenza insita nella nozione che i dualisti professano dello Stato-soggetto. L'avvertimento è raccolto, benché non utilizzato, dal BALLADORE PALLIERI, *Le dottrine di Hans Kelsen,* ecc. cit., p. 35 ss., 38-39, 45 ss., spec. 47, il quale sfiora ripetutamente il nostro punto ne *La natura giuridica della potestà dello Stato sull'individuo,* cit., p. 22 ss., spec. 22 in fine, 25 in fine e s. Ad un dualismo fra lo «Stato del diritto interno» e quello «del diritto internazionale» accennano invece vagamente altri autori, come il BURCKHARDT, *Op.* l . cit. *supra,* p. 27, in nota, e HOLD-FERNECK, *Lehrbuch,* cit., 1, p. 42 pr.; ma soprattutto il GHIRADINI, *La comunità,* cit., p. 74 s. in nota.

La nostra conclusione diverge decisamente da quella dello STRUPP, *Règles générales du dr. de la paix,* nel

Il fenomeno della soggettività internazionale degl'insorti si spiega così perfettamente, perché l'ente reale dato può benissimo sdoppiarsi in due enti di fatto distinti sul piano internazionalistico (e trovarvisi munito della soggettività internazionale), mentre sul piano interno permane più o meno a lungo l'ente giuridico corrispondente all'ordinamento o alla persona giuridica statuale originaria. E non varrebbe obbiettare che anche qui s'intenda il medesimo oggetto in modo diverso a seconda che lo si consideri dal punto di vista internazionale o interno, perché una cosa è l'ente soggetto ed un'altra lo Stato ad esso più o meno corrispondente. Il nome è uno solo, sia perché è difficile trovarne uno migliore per gli enti-soggetti di diritto internazionale corrispondenti, sia perché *normalmente* la coincidenza sussiste. Ma gli enti sono distinti perché uno è l'ente giuridico e l'altro è l'ente reale, e non è nemmeno detto che il secondo sia sempre la realizzazione o l'attuazione storico-materiale del primo[841].

Risulta ben chiaro, infine, che gli Stati come tali - vale a dire gli Stati come organizzazioni giuridiche d'individui - sono per così dire «ignoti» al diritto internazionale, che li prende in considerazione solo nella loro qualità materiale di membri della società internazionale e di destinatari delle norme che regolano i loro rapporti con gli altri membri della società: come enti di fatto e basta. E questo anche quando eleva ad oggetto di obblighi dell'ente.lo svolgimento di attività di governo (legislazione, amministrazione, giurisdizione)[842].

Recueil d. Cours, cit., 1934, 1, p. 423, il quale obbietta ai teorici dello «Stato nel senso del diritto internazionale» che non esistono vari concetti dello Stato più di quanto non esistano vari concetti dell'individuo ai sensi del diritto privato, penale, amministrativo. .Non è dubbio nemmeno per noi che l'individuo costituisca sempre lo stesso *ente dato* per qualsiasi ramo del diritto, qualunque sia il profilo sotto il quale la sua esistenza ed i suoi comportamenti son presi in considerazione dalle norme: e lo stesso vale per lo Stato in senso storico, quale è assunto a soggetto dall'ordinamento internazionale. Ma se si considera il rapporto fra questo ente e la persona giuridica dello Stato nel diritto interno intesa come soggetto artificiale, non si può non riconoscere che si tratta di due entità distinte e cosi diverse che alla prima non si addice a rigore neppure il nome di «Stato».

[841] La nostra posizione si distingue così nettamente sia da quella monista sia da quella della totalità della dottrina dualista, ivi compresi i seguaci della nozione dello Stato in generale come persona «reale» (DONATI, MARINONI, QUADRI ecc., *Op.* ll. cit. più sopra). Nello stesso senso di quest'ultima corrente, da ultimi, AGO, *Lezioni*, cit., che parla dello Stato come ente a più che reale» (p. 20), e fa coincidere con esso l'ente soggetto di diritto internazionale (p. 50 s.) distinguendo solo fra le due soggettività; e in senso conforme a questo autore, ZICCARDI, *La costituzione*, ecc. cit., p. 274 ss., che segue anche lui la dottrina dominante.

Ci guardiamo bene dal negare che un ente possa essere assunto a soggetto da due ordinamenti contemporaneamente. Ma non è questo che avviene nel caso in esame, perché da una parte c'è un ente giuridico e dall'altro c'è un ente reale dato. Concordiamo invece con la critica che l'AGO svolge (p. 17-18) contro la concezione dello Stato-soggetto come ordinamento giuridico - critica implicita nella teoria dualista e condivisa dal GIULIANO, *Considerazioni sulla costruzione*, ecc. cit., p. 193 s. -: ma questo perché l'ente soggetto non è lo Stato, non perché lo Stato non sia l'ordinamento.

[842] Non diremmo, quindi, come l'ultimo a. cit. *(La comunità*, ecc. cit., p. 236, 238), che la condizione di membro della società (e di soggetto) presupponga la sovraordinazione o l'esercizio di potestà di governo da parte dell'ente. L'essenziale è la *non subordinazione*, quale si trova espressa nella definizione degli Stati sovrani come potentati «superiorem non recognoscentes», non la sovraordinazione.

Il Giuliano è indotto a quell'idea dal fatto che per lui l'ente Stato sarebbe - come per il DONATI, il MARINONI ed il QUADRI - l'organizzazione o il governo tanto per il diritto interno che per il diritto internazionale: e l'organizzazione governativa sarebbe appunto sovraordinata alla comunità interna (identificazione di cui abbiamo cercato di dimostrare l'infondatezza sul piano interno).

A parte quanto vi è da dire su questa concezione dal punto di vista dell'identificazione materiale dell'ente soggetto *infra*, Parte III) e del rapporto Stato-governo (stessa Parte cit.), è chiaro che in tanto si potrebbe ammettere che l'ordinamento internazionale assume a soggetti delle entità svolgenti «funzioni» di governo, in quanto esso si occupasse della convivenza interindividuale e quindi del «governo» di uomini. Accertato che non è questo il caso, e

Di «Stati nel senso del diritto internazionale» si potrebbe parlare solo per le unioni internazionali di Stati o per lo Stato mondiale. Ed anche qui dato e non concesso che le une o l'altro siano o sarebbero fenomeni di *organizzazione giuridica* internazionale in senso proprio vuoi fra Stati vuoi, eventualissimamente fra individui, e non costituiscano, invece, fenomeni di diritto costituzionale[843].

§ III. - *La nozione dei soggetti immediati come, persone reali e la teoria generale dell'ordinamento internazionale.*

4. - Dal punto di vista della teoria generale dell'ordinamento, le conseguenze principali si riassumono in quattro o cinque punti che la stessa dottrina dualista non intende sempre appieno né dimostra, comunque, adeguatamente. E il punto primo, che in un certo senso condiziona tutto il resto, è la nozione della società internazionale come comunità giuridica di potentati e non degli individui che compongono i potentati stessi o che dei potentati sono i sudditi.

È questa un'affermazione tutt'altro che nuova, invero, perché la dottrina dualista ha sempre detto, più o meno esplicitamente, proprio così, e gli stessi monisti finiscono loro malgrado per ammetterlo. A parte il rilievo, comunissimo nei capitoli introduttivi dei manuali, che l'ordinamento internazionale è l'ordinamento della società degli Stati[844], la nozione enunciata si è venuta anzi progressivamente precisando nella dottrina degli ultimi cinquant'anni. Dato che il diritto nasce in una società ed opera in una società (Romano, Kelsen), è in sostanza questo il significato più profondo dell'affermazione del Triepel e dell'Anzilotti che l'ordinamento internazionale differisce dagli ordinamenti statuali, perché vige fra soggetti e per oggetti diversi e scaturisce da fonti diverse[845], e non può quindi, trovarsi in contrasto con essi[846]. Per lo stesso motivo - valorizzato soprattutto, come è noto, dal Romano - è questo il significato più profondo della costatazione che l'ordinamento internazionale non è idoneo a rimuovere dagli ordinamenti interni le disposizioni costituzionali o legislative ad esso non conformi[847], E nella stessa direzione si muovono anche gli scrittori dualisti più recenti, che tendono

---

inevitabile concluderne che il diritto internazionale assume a soggetti gli Stati (o, se si vuole, i governi) in quanto essi sono i soli enti (a parte quelli che agli Stati vengono assimilati per la stessa ragione) che si pongono gli uni rispetto agli altri come *pares* (sul che la dottrina è fondamentalmente concorde).

Quel che vale per le funzioni ed i poteri dello Stato, vale per i suoi attributi: la «sovranità» ad es., della quale giustamente si nega (AGO, *Lezioni,* cit., p. 82, testo e nota 1) l'estensibilità al diritto internazionale. È per noi la qualifica stessa di «Stato» (oltre che di persona giuridica o istituzione sociale) che è ingiustificata: messa questa da parte, cadono tutte le altre.

[843] Di ciò abbiamo tentato una più ampia dimostrazione (riguardo ad entrambi i fenomeni) nei *Rapporti contrattuali,* ecc. cit., *passim* spec. p. 114 ss. dell'estr. La possibilità di qualificare i fenomeni in questione come processi di organizzazione *giuridica internazionale* dipende, come si è spiegato, della possibilità di qualificare come organizzazioni *giuridiche internazionali* gli Stati stessi (*Rapporti contratt.,* ecc. cit., p. 49-52, 78 ss., spec. 116).

[844] OPPENHEIM, *International Law,* cit:, I, p. 4 s., 113 s. Ma v. le riflessioni del MARINONI, *La responsablità,* ecc. cit., p. 7-32, spec. 30; del GHIRARDINI, *La comunità internaz.,* ecc. cit., *passim* e spec. p. 5 ss. e 22 ss.; dell'ANZILOTTI, *Corso,* cit., p. 41 ss.; del ROMANO, *Corso di dir. internaz.,* cit., p. 5 s.; del BRIERLY, *The Law of Nations,* cit., Cap. I, 41 e p. 34 s., e *The Outlook for Internat. Law,* rist 1945, p. 3 ss., spec. 9-10; nonché le considerazioni ed i riferimenti in ZICCARDI, *La costituzione,* cit., p. 272-316, 344 ss., in GIULIANO, *La comunità internazionale,* ecc. cit., spec. p. 231 ss., 270 ss., e già; in ZIMMERN, *Op. cit*. più avanti.

[845] TRIEPEL, *Op. cit*., Introduz., § II (spec. p. 11 s.) e Cap. I (spec. p. 13 ss., 81 ss.); ANZILOTTI, *Teoria gen. della respons. dello Stato,* Firenze, 1902 (I); e *Corso,* cit., p. 41-46, 50 ss.

[846] TRIEPEL, *Op. cit*., p. 269 ss.; ANZILOTTI, *Corso,* cit., p. 54 s.

[847] V. spec. le opere del PERASSI del MORELLI, cit. sopra p. 278 s., in nota.

appunto a valorizzare l'idea della derivazione sociale del diritto, non solo dal punto di vista della teoria delle fonti, ma anche da quello del rapporto fra l'ordinamento internazionale e gli ordinamenti statuali[848]. È insomma sempre l'antica massima *ubi societas ibi jus* (e viceversa) che funziona, insieme con l'idea dell'unità sistematica dell'ordinamento di ciascuna società[849].

È d'altra parte evidente che tutte queste intuizioni o affermazioni restano a dir poco incomplete sino a quando si considerino gli Stati-soggetti come persone giuridiche. Rimane intaccata l'affermazione della diversità della fonte, perché dire che l'ordinamento internazionale è diverso dagli ordinamenti statuali perché posto dalla volontà degli Stati anziché dalla volontà di uno Stato solo poteva avere nn senso, agli effetti della differenziazione, solo per le dottrine statualistiche del diritto e le concezioni organicistiche dello Stato. Da un lato vi sarebbe il diritto posto da due enti collettivi storicamente dati e dall'altro il diritto posto da un ente solo. Ma la una volta abbandonata la concezione statualistica del diritto e quella concezione organica dello Stato e degli enti morali che a nostro avviso ne costituisce un residuo - e concepito lo Stato come istituzione in senso giuridico, vale a dire come ordinamento - è evidente che la diversità degli ordinamenti come diversità delle fonti diventi un'affermazione a dir poco ambigua, perché fra il diritto posto da due o più istituzioni interindividuali ed il diritto posto da una sola istituzione interindividuale non esiste nessuna separazione o differenza fondamentale. In entrambi i casi si tratterebbe di diritto interindividuale, perché posto da individui e rivolto ad individui[850]. Lo stesso vale, evidentemente, per la differenziazione sulla.base della diversa destinazione delle norme. Il diritto vigente fra Stati non è diverso dal diritto vigente fra gl'individui per il semplice fatto che le sue norme si riferiscono a Stati. Il fatto che le proposizioni normative del diritto federale-costituzionale in senso stretto si riferiscano in maggiore o minor proporzione agli Stati non ne esclude la natura interindividuale più di quanto il carattere interindividuale delle norme vigenti in un ordinamento unitario sia escluso dal fatto che una parte considerevole delle proposizioni normative dello stesso ordinamento si indirizza formalmente a provincie, comuni, associazioni e società commerciali, nonché agli «organi» statali o allo Stato[851]. Lo stesso dovrebbe dirsi della definizione del diritto internazionale come diritto di una «società di società» ciascuna delle quali formi società ed ordinamento a sé[852], sino a quando si intendano tali società come persone giuridiche[853]. E si è già visto non essere decisivo il

---

[848] ZICCARDI, *Op. l cit.*, nota 14; CERITI, *L'ordinamento giuridico internaz.*, Genova, 1926, p. 8-9, 27 ss., 33 s.; AGO, *Comunità internazionale universale e comunità internazionale particolari, La Comunità internazionale,* V (1950), p. 195; GIULIANO, *La comunità internazionale,* ecc. cit., p. 232.

[849] V. sul punto, oltre agli autori citati, le belle pagine dello ZIMMERN, *Interntional Law and social Consciousness,* cit. più avanti, *passim*, e spec. p. 43 s.

[850] Resterebbe solo una differenza di grado, nel senso che le norme interistituzionali agirebbero sugl'individui all'interno di ciascuna istituzione solo per il tramite dell'istituzione stessa come ordinamento. Che è la rilevata funzione strumentale dello statuto dell'ente morale (*supra,* p. 92 ss.).

[851] *Supra*, p. 292 ss., spec. 294-96. Le ragioni che oscurano questo parallelismo sono gli errori diffusi e sopra criticati che portano numerosi giuristi a ritenere che la teoria organica degli enti morali si adatti alla p. g. dello Stato più che alle p. g. inferiori (p. 98 ss.).

[852] AGO, *Comunità internaz. univers. e comunità internaz. partic.*, cit., l. cit.

[853] Oltre al GHIRARDINI (*supra,* nota 3), intende ciò il GIULIANO, *La comunità,* ecc. cit., quando dubita che si possa parlare degli Stati come enti morali dal punto di vista del diritto internazionale se si parte dalla nozione del diritto internazionale come ordinamento della società degli Stati (*La comunità,* ecc. cit., p. 241 ss.). Posizione sulla

mero fatto che esistano norme interne ad esso contrarie che il diritto internazionale non invalida[854]. La riprova dell'ambiguità che si cela dietro queste affermazioni tendenzialmente esatte sta nel fatto noto che anche per i monisti l'ordinamento internazionale regola i rapporti fra le società statuali ed altre comunità. Il punto di divergenza sta in sostanza proprio nel modo d'intendere gli enti delle cui relazioni si tratta e nei dati di teoria generale dai quali si parte.

Considerata sotto il profilo del problema del rapporto fra diritto internazionale ed interno, la conclusione raggiunta costituisce una riprova della maggiore rispondenza della teoria dualista alla realtà giuridica internazionale proprio in quanto chiarisce i veri termini del problema ed elimina la contraddizione interna della costruzione.

La tesi monista non fa logicamente una grinza allorché, partendo dal postulato del carattere interindividualistico ed unitario del diritto, essa si unisce alla dottrina dominante che, senza essersi mai posto il problema *ex professo*, ci presenta gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale come persone giuridiche. La perfetta coerenza logica di questa nozione degli enti soggetti con la premessa monista fondamentale è fin troppo evidente perché sia necessario insistervi[855]. Ma una volta dimostrata l'insostenibilità della concezione degli enti soggetti - e chiamiamoli pure «Stati» - come persone giuridiche, viene a cadere proprio quel preteso fenomeno giuridico internazionale che dovrebbe costituire l'anello di congiunzione fra l'ordinamento internazionale e gli ordinamenti interni. La caratteristica essenziale della corporazione è appunto l'ordinamento derivato, parte integrante dell'ordinamento superiore[856]. Dimostrato invece che gli «Stati» non sono assunti dall'ordinamento internazionale a proprie persone giuridiche - e non per il difetto di soggettività né per il fatto che la soggettività non costituisca un fenomeno strettamente giuridico - si è dimostrato che gli ordinamenti degli Stati non sono derivati dall'ordinamento internazionale ma costituiscono rispetto ad essi dei meri tatti.

Al confronto con l'apparente coerenza logica della teoria monista, la dottrina dualista presenta una maggiore aderenza alla realtà ma una grave incongruenza. Aderente alla realtà di una società internazionale distinta dalle società interne è la teoria della separazione fra diritto internazionale e diritto interno. Certo più aderente alla realtà di quanto non lo sia quella monista (nonostante le incongruenze rilevate) è la costruzione dualista dei punti considerati nel capitolo precedente: la posizione degl'individui di fronte al diritto internazionale; la teoria dell'attività giuridicamente rilevante degli enti

---

quale v. già la nota 1 (in fine) di questo capitolo. Pur intuendo la difficoltà, il Giuliano fa tuttavia leva più del giusto, a nostro avviso, sul concetto abusatissimo di società di Stati. Per noi è l'idea della società di Stati che si deduce dalla nozione degli enti-soggetti, non viceversa. Sul piano sociologico-generale l'idea della società di Stati rimarrà sempre estremamente vaga: sempre più vaga quanto più i rapporti fra gli Stati come enti politici e di mero fatto verranno intrecciandosi sul piano materiale con i più frequenti ed intensi rapporti internazionali fra individui di vari paesi (*supra*, p. 293 s.). Un dato d'un certo valore probante può essere fornito solo dall'analisi dell'atteggiamento dell'ordinamento internazionale nei confronti dei tre elementi esaminati nel capitolo precedente, utilizzando come termine di confronto, oltre ad una nozione rigorosa di persona giuridica, gli ordinamenti confederali in fase di accentramento federalistico (il federalismo «par agrégation» dello Scelle) dal punto di vista del loro rapporto con gli ordinamenti degli Stati membri e con gl'individui a questi soggetti.

[854] V. *supra*, p. 278. in nota, ed i riferimenti allo SPERDUTI *ivi*.

[855] Cfr. QUADRI, *Dir. internaz. pubbl.*, cit., p. 35-.36.

[856] Se non ne fa parte integrante, come a noi sembra, è almeno con l'ordinamento statuale in rapporto di connessione reciproca, non di estraneità. In questo senso v., per tutti, CARNELUTTI, *Teoria gen. del dir.*, cit., p. 47-48.

soggetti; il problema della nascita e dell'estinzione degli enti soggetti e la natura degli enti soggetti medesimi. Assolutamente inconciliabile con queste asserzioni, però, è l'affermazione comune che gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale siano delle persone giuridiche, perché non vi è persona giuridica che non sia caratterizzata da un proprio ordinamento e non vi è ordinamento di persona giuridica che non faccia parte integrante dell'ordinamento giuridico nell'ambito del quale la persona giuridica esiste come tale. È fondamentalmente l'idea del carattere *giuridicamente* composto degli Stati - dal punto di vista dell'ordinamento internazionale - che induce i monisti a immaginarsi gli Stati come strumenti dell'ordinamento internazionale per il regolamento della convivenza nella *civitas maxima* interindividuale. Ed è solo la contrapposizione della nozione dello Stato come ente dato - accompagnata dagli argomenti dimostrativi illustrati - che può conferire coerenza e forza persuasiva alla teoria dualista[857], purché non s'interpreti arbitrariamente la passività dell'ordinamento internazionale come una delle tante manifestazioni della sua imperfezione (Sperduti).

La conclusione negativa raggiunta dimostra per l'appunto che fra la società internazionale e le società corrispondenti ai gruppi soggetti considerati dall'interno esiste una *frattura*, almeno dal punto di vista di quel fenomeno sociale che è il diritto. Questa frattura - che è poi la tanto discussa «sovranità» nel senso negativo cui si accennava[858] - consiste nel fatto che gli enti collettivi agenti sul piano della comunità giuridica internazionale assorbono totalmente in sé i loro membri agli effetti del loro commercio giuridico internazionale, e non tendono, invece, a portare costoro a fondersi in una comunità giuridica più ampia[859]. Il che equivale a dire che i gruppi stessi costituiscono la *base sociale* dell'ordinamento[860].

5. - Un altro punto importante sul quale la conclusione raggiunta incide direttamente è la concezione pubblicistica della massima parte del diritto internazionale, che attualmente continua a prevalere tanto fra i dualisti quanto fra i monisti, nonostante la costruzione privatistica di vari istituti e fenomeni specialmente da parte dei secondi, e nonostante i dubbi espressi al riguardo dal Carnelutti e dal Quadri[861].

Poiché i monisti concepiscono gli Stati come *provinciae* della *civitas maxima* imperfetta rette da ordinamenti derivati e delimitati dall'ordinamento internazionale, e evidente che per loro il diritto internazionale in senso stretto ha da essere quella parte

---

[857] E proprio perché non intendeva appieno il significato della «presupposizione» dello «Stato» da parte del diritto internazionale che il TRIEPEL ha scritto il passo riportato trionfalmente dal VERDROSS, *Die Verfassung,* cit., p. 42, nota 1 (TRIEPEL, *Les rapports entre le dir. interne,* ecc. cit., p. 106). E di passi simili la dottrina dualista è ricchissima.

[858] *Supra,* nota 12.

[859] Questo se si vuol dare la colpa agli Stati. Più esattamente si dovrebbe dire che la frattura è determinata dal fatto che gli individui dei vari paesi non si sentono o non si sentono abbastanza intensamente «cittadini del mondo» da costituire comunità giuridica universale (o comunque internazionale) *prima* di costituire comunità giuridiche nazionali.

[860] Così si spiegano il frequente parallelo fra Stati e individui (*supra,* p. 31 s. in nota e 227 in nota), e la tendenza generale della dottrina internazionalistica a considerare gli Stati come unità in un senso più profondo di quello in cui son considerati tali dal punto di vista del diritto interno. Per vari riferimenti alla dottrina classica su questo punto (in senso strettamente interstatuale o interindividuale), v. KOSTERS, *Les fondements du dr. internat., Bibl Visseriana,* IV, 1925, p. 130 ss., 252 ss.

[861] QUADRI, *Dir. internaz. pubbl.,* cit., p. 52 s. Ma sull'argomento v. FRICKER, *Vom Staatsgebiet,* Tübingen, 1867, p. 6; GIERKE; *Deutsches Genossenschaftsrecht,* I, Berlino, 1868, p. 843; HOLLAND, *Elements,* cit., p. 133-35, 423; UDINA, *Il dir. internaz. trib*., vol X del *Trattato,* del Fedozzi e del Romano, p. 1 ss., spec. 4 s.

dell'ordine totale che corrisponde al diritto costituzionale dello Stato unitario ed al diritto federale in senso stretto dello «Stato di Stati». Il diritto internazionale, cioè, sarebbe il diritto che organizza e delimita le singole istituzioni interindividuali in cui l'umanità è suddivisa. Concezione che risulta evidente dalle già esposte dottrine del Kelsen e del Verdross, specie in tema di formazione-estinzione degli Stati e di soggettività individuale[862]. Non sono che applicazioni logiche di questa concezione le note teorie moniste del rapporto fra Stato e territorio e fra Stato e sudditi e soprattutto la concezione dello Stato come organo in senso stretto della comunità giuridica internazionale[863]. I dualisti, per parte loro, pur essendo orientati, com'è noto, in senso più o meno decisamente privatistico sulla maggior parte di questi punti - e malgrado i dubbi generici dei due autori ricordati - sono generalmente fermi anche loro nell'idea che il diritto internazionale sia caratterizzabile come diritto prevalentemente pubblico. Idea che è del resto il portato dell'opinione piuttosto diffusa fra i dualisti stessi che il diritto internazionale sia il risultato del grande fenomeno di decentramento giuridico determinato dal crollo dell'unità imperiale del mondo occidentale e per alcuni il preludio più o meno lontano di un processo evolutivo in senso inverso.

A nostro modesto avviso, la concezione pubblicistica in parola è legata proprio al significato pubblicistico che necessariamente assume la nozione degli Stati come persone giuridiche o istituzioni anche dal punto di vista del diritto internazionale. Così strettamente legata, anzi, da essere destinata a nostro avviso a cadere unitamente a questa nozione. Se gli Stati sono istituzioni, come sostengono tanto i monisti che i dualisti (coerentemente i primi e incoerentemente i secondi), è logico considerarli come degli organi di un ordinamento interindividuale più ampio, comprendente le società corrispondenti agli Stati stessi. È perfettamente logico, quindi, concepire il rapporto sussistente fra gli Stati-«organi» di questo ordinamento da una parte e gli elementi sui quali o entro i quali essi operano dall'altra come un rapporto di ordine pubblicistico. Così come sarà logico, p. es.,.parlare di «decentramento delle funzioni» nelle mani degli Stati. Ma se gli Stati-soggetti non sono delle istituzioni dal punto di vista del diritto che ne regola i rapporti, essi non saranno gli «organi» ma solo i «privati» dell'ordinamento internazionale. Privatisticamente andrebbero intesi, quindi, i loro rapporti ed il rapporto fra ciascuno di essi e gl'individui o gli oggetti che li costituiscono o sui quali essi svolgono la loro attività internazionalmente rilevante. Il diritto pubblico in senso più o meno stretto sarebbe costituito, nell'ordinamento internazionale, soltanto dalle norme che si distinguono da quelle che regolano il commercio giuridico in senso stretto degli Stati come le norme di «organizzazione» - nel senso più o meno proprio e preciso che s'è visto - si contrappongono alle c. d. norme di «relazioni intersoggettive[864]. È questa una conseguenza inevitabile della nozione dei gruppi soggetti come enti giuridicamente semplici, ed e evidente che la tendenza della scuola dualista a interpretare

---

[862] *Supra*, p. 192 ss. e 254, ed i passi del VICTORIA e del SUAREZ riportati dal VERDROSS, *Op.* e l. cit. *supra*, p. 215, nota 97. Altri rilievi e riferimenti nei *Rapporti contrattuali*, ecc. cit., p. 80 ss. dell'estr.

[863] Su questi punti ci dovremo fermare *ex professo* nella Parte III.

[864] La concezione pubblicistica è un portato tipico della teoria del «diritto pubblico esterno». Il suo sostenitore più deciso, infatti, è lo JELLINEK, *System*, cit., (vers. ital), p. 340 ss., spec. 347, il quale procede appunto sulla base della nozione pubblicistica interna degli Stati-soggetti (*Op. cit.*, p. 343-44).

privatisticamente certi fenomeni (e specialmente il rapporto Stato-territorio e Stato-sudditi) costituisca, per converso, un elemento di riprova della rispondenza della conclusione raggiunta alla realtà internazionale[865]. È appunto a questa concezione privatistica che si riallaccia la nozione strettamente negoziale dell'accordo sviluppata parzialmente più sopra.

Tanto la dottrina monista che quella dualista ha oscillato ed oscilla tuttora notevolmente fra una concezione privatistica e una concezione pubblicistica dell'accordo internazionale e della sua portata. C'è stata, com'è noto, (e c'è ancora in alcuni autori) la distinzione fra trattati-legge e trattati-contratto; e la questione del valore «legislativo» o «contrattuale» delle norme poste dai trattati e certamente ancora aperta, se due autorevoli rappresentanti della scuola italiana hanno di recente posto in discussione nuovamente la qualifica del trattato come legge o come negozio, e si sono pronunciati per parte loro, almeno in un certo senso e con certe limitazioni, nel secondo senso. La dottrina dominante, ad ogni modo, l'abbiamo già vista brevemente più sopra, come pure abbiamo visto in che senso e per quali motivi il problema dovrebbe essere risolto sulla base d'una nozione più precisa degli enti soggetti. Raggiunta quindi la nostra conclusione, possiamo sciogliere le riserve allora fatte, nel senso che tutto porta a ritenere che i trattati internazionali siano il *pendant* del contratto obbligatorio atipico del diritto interno nella sua espressione più pura. Faranno eccezione apparente, s'intende, gli accordi che esprimono in forma scritta norme istituzionali esistenti (norme consuetudinarie) o l'impegno degli Stati di riconoscerne l'esistenza - accordi il cui maggior valore deriverà dalla fonte eteronoma dalla quale provengono le norme «codificate» o riconosciute. Faranno anche eccezione, naturalmente, gli accordi che costituiscano in tutto o in parte la realizzazione delle fattispecie di norme istituzionali (accordi-condizione): atti, anche questi, il cui maggior valore deriverà dalle stesse norme consuetudinarie[866].

L'interesse principale di questa nozione dell'accordo - nozione che non è altro, in sostanza, che una specificazione del carattere privatistico dei soggetti e dell'ordinamento - è costituito, a nostro avviso, dai probabili riflessi che la nozione stessa comporta sulla costruzione di un numero notevole di fenomeni, che anche la dottrina dualista, questa volta, tende a costruire, con maggiori o minori consensi, in senso più o meno decisamente pubblicistico. Non solo secondo i monisti, infatti, ma anche secondo i dualisti, gli Stati potrebbero costituire, mediante accordo, istituti e procedimenti che il contratto obbligatorio atipico non è generalmente ritenuto idoneo a creare nel diritto interno: procedimenti di produzione giuridica di terzo grado, procedimenti giurisdizionali per l'accertamento del diritto, unioni o associazioni fra i soggetti (eventualmente munite della personalità giuridica), nonché, secondo qualche autore, la

---

[865] Ciò è tanto vero, del resto, che gli autori italiani che non sanno acconciarsi a questo aggiustamento - che implica del resto conseguenze di cui apprezziamo tutta la gravità dal punto di vista del superamento del sistema attuale - sono anche i meno disposti a riconoscenza la natura di mero fatto della formazione, dell'estinzione e dei mutamenti degli enti soggetti. Uno di questi, p. es., è il BALLADORE PALLIERI, del quale è anche nota la resistenza alla teoria del QUADRI dei sudditi-oggetto d'un diritto reale degli Stati. Tesi che anche a nostro avviso dovrebbe essere attenuata - come si vedrà nella Parte III - sia pure in senso e per motivi diversi da quelli cui s'ispira la critica del BALLADORE PALLIERI, *Opere*, e *ll. cit*. sopra, p. 258, nota.

[866] *Supra*, p. 271-73.

soggettività di enti diversi dagli Stati e ad essi subordinati, come gl'individui[867]. E questo il più delle volte del tutto indipendentemente dall'esistenza di norme consuetudinarie che assumano l'accordo fra gli Stati avente un certo oggetto od una certa causa, a condizione del prodursi di effetti da esse norme predisposti o disposti a *posteriori*[868].

Non può non essere evidente, d'altra parte, che in tanto si può ammettere senz'altro che l'accordo in funzione produttiva di diritto *nuovo* determini effetti del genere, in quanto fosse pacifico o che il contratto obbligatorio atipico di diritto interno sia idoneo a determinarli anch'esso, oppure che l'accordo internazionale sia qualcosa di più d'un contratto obbligatorio atipico nel senso in cui s'è visto che la dottrina dominante monista e dualista lo contrappone al contratto interno avvicinandolo alla legge. E la dottrina per l'appunto fa capo spesso più o meno esplicitamente all'uno od all'altro argomento, quando tratta dei fenomeni e degl'«istituti» elencati. Qualora si dovesse escludere, dunque, che il contratto obbligatorio atipico interno sia idoneo a determinare effetti come la produzione di diritto obbiettivo nuovo, o l'esistenza della giurisdizione o la creazione di istituzioni o la soggettività giuridica di enti diversi dai soggetti contraenti, sarebbe chiaro che il solo elemento sul quale la dottrina internazionalistica può far leva per dedurre da trattati l'esistenza di questi fenomeni è proprio la nozione pubblicistica dei soggetti e la nozione pubblicistica e più o meno decisamente interindividuale dell'intero ordinamento. Il che significa che se è vero che gli Stati non sono istituzioni dell'ordinamento internazionale e gli accordi non sono atti interistituzionali, la possibilità che tutti quegli effetti siano realizzati dall'accordo sarebbe da escludere[869]. Ci sentiamo sorretti in questo atteggiamento, oltre e più che dalle conclusioni dello studio presente, dalle innumerevoli riserve che si accompagnano all'affermazione dell'esistenza dei fenomeni internazionalistici enumerati: fenomeni sulla definizione dei quali, oltretutto, la dottrina è tutt'altro che concorde[870]. Senza contare che non mancano, nella dottrina dualista, autori che cominciano a ritoccare in qualche punto l'insegnamento dominante, rifiutandosi di accettare senz'altro l'idea dell'idoneità dell'accordo a determinare certi effetti, e subordinando questi ultimi all'esistenza di norme consuetudinarie apposite che qualifichino *determinati* accordi ai fini della produzione degli effetti stessi. Il che non è meno significativo per il fatto ch'essi non forniscono una dimostrazione convincente dell'esistenza delle norme che invocano[871].

Ci si potrebbe facilmente obbiettare che tanto la concezione degli enti soggetti come persone giuridicamente semplici quanto la concezione strettamente dualistica, che

---

[867] V. i *Rapporti contrattuali,* cit., p. 38 ss. per i riferimenti dottrinali.

[868] Per alcune eccezioni, v. qui sotto, nota 36.

[869] Su questo terreno, infatti, ci siamo posti in tema di soggettività individuale da accordo (*supra,* p. 275 s.), su questo terreno ci siamo posti in tema di unioni di Stati (*Rapporti contrattuali,* cit., *passim*), e su questo terreno intendiamo porci nello studio dei mezzi e dei procedimenti utilizzati dagli Stati per la composizione delle loro vertenze, nella persuasione che le teoriche dualiste indicate risentono tutte più o meno intensamente di quella concezione pubblicistica della portata dei trattati che soltanto i monisti, come s'è detto. potrebbero coerentemente professare.

[870] Sono molto più significative di quanto non sembri, a questo riguardo, le dispute apparentemente teoretiche intorno alla natura della pronuncia arbitrale e della posizione dell'arbitro.

[871] È questa la posizione, p. es., assunta recentissimamente, con pochi altri. dal BALLADORE PALLIERI in tema di costituzione di associazioni internazionali di Stati (*Dir. internaz. pubbl.,* cit., p. 141 s.) e di soggettività degl'individui (stessa *Op.*, p. 147). Una norma consuetudinaria è posta inoltre di recente dall'AGO, *Scienza giur. e dir. internaz.,* cit., p. 184 in nota, a fondamento del valore della pronuncia arbitrale.

essa avvalora, del rapporto fra gli ordinamenti (e gli altri corollari che ne deduciamo) sono soltanto l'esasperazione in senso assoluto di elementi negativi dell'ordinamento internazionale derivanti dallo stato di imperfezione in cui esso si trova, ed il cui superamento è poco appariscente (al confronto con i fenomeni da noi assunti a termini di paragone) solo perché si tratta di sfumature. Rispondiamo che anche su questo piano generale, come su quello della posizione degl'individui nel diritto internazionale, lo sfumo e talmente lieve - dato e non concesso che di sfumo si tratti - che non è certo sufficiente a costituire un indizio di fenomeni quali la legittimazione degli Stati da parte del diritto internazionale o la tendenza dell'ordinamento verso l'umanità[872]. Se qual cosa dovesse esserci, poi - si badi bene -, resterebbero sempre da fare i debiti confronti tra le sfumature in questione ed il fenomeno più consistente che lo sviluppo della sfumatura dovrebbe tendere, secondo i teorici «evoluzionisti», a sostituire. Resterebbe sempre da confrontare, cioè, quei fenomeni embrionalissimi di un diritto interindividuale dell'umanità e quel po' di colorazione pubblicistica che essi dovrebbero conferire all'ordinamento in esame[873] con il mastodontico fenomeno giuridico o non giuridico costituito dai rapporti paritari e per lo più contrattuali fra i gruppi. Ed il confronto rende così evidente la sproporzione fra i due ordini di fenomeni, da rendere a nostro avviso molto poco verosimile che il fenomeno riformistico riesca a conferire il proprio carattere pubblicistico-interindividuale all'altro. Sarà piuttosto quest'ultimo - la comunità giuridica paritaria fra gruppi in rapporti privatistici - a prevalere sul primo ed a decidere dei caratteri dell'ordinamento, degl'«istituti», dei mezzi tecnici, dei rapporti e quindi, in ultima analisi, delle possibilità di «evoluzione» del sistema[874].

---

[872] In opposizione alla tendenza dominante, v., per tutti, ZIMMERN, *International Law und Social Consciousness,* nelle *Transactions of the Grotius Soc.,* XX (1935), p. 25 ss., spec. 30 ss.

[873] Alludiamo, per intenderci, al fenomeno che lo ZIMMERN chiama «private internationalism» (*Op. cit.*, p. 33).

[874] Qui come in tema di individui, in altri termini, si potrebbe ridurre il problema ad una questione di scelta fra due modi di esprimere la realtà: una scelta giuridicamente arbitraria, nel senso in cui ritiene arbitraria la scelta fra i due primati il Kelsen Di fronte ai fenomeni di pretesa soggettività individuale, p. es., o di fronte alla natura materiale dell'organizzazione degli enti soggetti, conviene impostare la costruzione scientifica in termini pubblicistico-interindividuali o in termini privatistico-interstatuali? È più opportuno dire che il diritto internazionale si rivolge agl'individui o che esso si rivolge agli Stati perché provvedano a loro volta verso individui? Ed è più opportuno dire che la formazione dello Stato e del suo ordinamento realizza la fattispecie della norma internazionale di legittimazione sulla base dell'effettività, oppure che lo Stato ed il suo ordinamento son dei fatti per il diritto internazionale? In entrambi i casi si dovrebbe concludere, a nostro avviso - come abbiamo fatto - che la frattura esistente fra i due ordini di comunità consiglia la scelta della seconda alternativa. Meglio varrebbe, semmai - piuttosto che scegliere l'altra - proiettare i fenomeni pubblicistico-interindividuali - se proprio non si volesse inquadrarli e assorbirli come entità trascurabili entro il sistema interstatuale - in quello che si pensa e ci si augura possa essere l'ordinamento costituzionale *futuro* del genere umano o di sue parti. Comunque sia, non ci sembra si ricavi un gran costrutto dal fondere i due ordini di fenomeni in un sistema unico, entro il quale si tenda poi ad attribuire la preponderanza al fenomeno praticamente meno rilevante. Concordiamo in sostanza con la magistrale impostazione dello ZIMMERN, quando distingue, nell'ambito del sistema dottrinale, tre elementi «imperfectly fused together and indeed incapable of real fusion» (*Op. cit*., p. 33-34): elementi che sarebbero, secondo lo Z., il «survival» del giusnaturalismo della dottrina classica (p. 34-35), una «etiquette» [che è in sostanza il diritto interpotentati] (p. 35-37), ed una «anticipation» [che sarebbe il diritto d'una comunità internazionale-interindividuale *in fieri*] (p. 37-39). Giustamente lo Zimmern ritiene, in ultima analisi, che questi tre elementi - il terzo dei quali corrisponde appunto alle pretese sfumature evoluzionistiche discusse nel testo - non fanno «sistema» fra di loro, e critica gli autori (Scelle, Politis) che ne operano senz'altro la fusione (*Op. cit*., p. 38), rilevando che solo un mutamento rivoluzionario dell'assetto attuale [un mutamento della norma base, direbbe il Kelsen] potrebbe giustificarla. In senso fondamentalmente conforme, ma non senza qualche attenuazione in senso riformistico, v. BRIERLY, *Règles générales,* ecc. nel *Recueil d. Cours,* cit., 1936, IV, p. 5 ss. spec. 8 ss., e *The Outlook for International Law*, p. 7-8 ss. In senso decisamente «fusionistico», invece, oltre allo SCELLE, *Précis,* cit.,.*passim,* v.

Un elemento di riprova, da questo punto di vista - nell'uno o nell'altro senso -, potrebb'essere costituito dai risultati dell'indagine storico-giuridica sulle origini dell'ordinamento internazionale attuale. La tesi monista risulterebbe avvalorata qualora fosse storicamente dimostrato che le regole che governano attualmente la vita di relazione fra Stati fossero in un certo senso il residuo delle norme che regolavano i rapporti fra le varie comunità organizzate entro la *civitas maxima* dell'Impero. La tesi dualista sarebbe invece avvalorata qualora fosse dimostrato che le regole oggi vigenti fra gli Stati sono piuttosto il prodotto della progressiva distruzione dei vincoli imperiali da parte di quei potentati sovrani dalla convivenza dei quali e per la convivenza dei quali l'ordinamento internazionale si sarebbe sviluppato. Le teorie dominanti sull'origine dell'ordinamento internazionale sembrano deporre invero. proprio in questo senso, quando collocano la nascita del diritto internazionale moderno nell'epoca in cui Papato e Impero son venuti perdendo il loro vigore[875]. Ed in questo stesso senso ci sembra depongano sia i risultati degli studi degli storici sui rapporti internazionalistici anteriori e posteriori[876], sia le indagini del Nys e di altri (e del nostro Paradisi) sull'origine di vari «istituti» del diritto internazionale moderno dalle regole che governavano i rapporti dei principi o sovrani fra di loro come *pares* [per noi come «privati»][877], sia infine il frequente rilievo, già ricordato, che il diritto internazionale moderno sarebbe la continuazione del diritto fra i sovrani e i signori dell'epoca patrimonialistica[878] Possiamo solo limitarci, d'altra parte, a richiamare su questi problemi l'attenzione degli storici stessi. Certo è che se si interpreta dualisticamente il rapporto fra diritto internazionale ed interno non è lecito poi interpretare pubblicisticamente i rapporti fra gli Stati argomentando dalla progressiva «pubblicizzazione» del rapporto fra sovrano e sudditi nel diritto interno[879]. Quale che sia, comunque, il valore probante di questi elementi ed il loro significato, non ci sembra si possa argomentare in senso pubblicistico ed evoluzionistico - e contro i risultati del confronto svolto sul piano tecnico - proprio dall'esistenza di fenomeni la cui definizione in un modo o nell'altro dipende dal carattere

---

LAUTERPACHT, *The Function of Law in the International Community,* 1933, p. 385 ss., spec. 432 ss.

[875] Malgrado la giusta tendenza a respingere l'idea semplicistica che faceva coincidere la nascita dell'ordinamento con la fine della guerra dei Trent'anni (v., per una critica, AGO, *Lezioni,* cit., p. 4 ss.), rimane prevalente l'idea che l'ordinamento in questione sia venuto in essere per effetto di forze storiche operanti nel senso della demolizione della *civitas maxima* interindividuale dell'Impero (BRIERLY, *The Out look,* cit., p. 3; GEMMA, *.Apptunti di dir. internaz.,* 1923, p. 20 ss.; CERETI, *L'ordinamento,* cit., p. 28 s.).

In senso contrario sembra invece orientata quella parte della dottrina che ricollega, p. es., il sorgere del diritto internazionale a una solidarietà o ad un vincolo fra i *popoli* della *Repubblica Christiana* piuttosto che a rapporti paritari fra potentati (BALLADORE PALLIERI, *Dir. internaz. pubbl.,* cit., p. 4 ss.). Ma la dottrina è tutta piuttosto vaga su questo punto. Spunti nell'uno come nell'altro senso si trovano, p. es., in BOGNETTI, *Formazione storica dell'Europa e dir. internaz. nel medioevo,* in *Comunicazioni e studi,* cit., II (1946), p. 23 ss. Piuttosto chiara la distinzione in VINOGRADOFF, *Hystorical Tytes of International Law, Bibl. Visser.,* I, p. 35, spec. 45, 69.

[876] CYBICHOWSKI, *Das alte u. d . neue Völkerr.,* nell'*Archiv f. öff. Recht,* XXIII (1908), p. 586 ss.; PARADISI, *Storia del dir. internaz. nel medio evo,* I, Milano, 1940 spec. p. 3 ss. e *Il problema storico del dir. internaz.,* Firenze, 1944, p. 6, 30 ss., *passim* (il quale sembra propenso, tuttavia, per la concezione [monista] di una trasformazione dell'ordinamento unitario dell'Impero in un sistema più decentrato).

[877] NYS, *Les origines da droit internat.,* Bruxelles, Parigi, 1894; VINOGRADOFF, *Hystorical types of Internat. Law,* cit., p. 13 ss., 55-57. Del Nys v. spec. lo studio su *La guerre privée,* (p. 78 ss.), spec. p. 89, 91, 94.

[878] WESTLAKE, *Traité de dr. Internat.,* (ed. franc., 1924), p. 26.

[879] V. sul punto i *Rapporti contrattuali fra Stati,* ecc. cit., p. 56 s. dell'estr. Anche questo rilievo è già in QUADRI, *La sudditanza nel dir. internaz.,* cit., p. 91 s. e spec. la nota 1, p. 92.

pubblicistico-interindividuale o privatistico-interstatuale che si attribuisca in via pregiudiziale all'ordinamento internazionale[880].

§ IV. - *La nozione raggiunta e la teoria dei soggetti.*

6. - Un altro corollario importante della *nozione* anti-istituzionalistica degli enti soggetti primari dell'ordinamento internazionale - legato strettamente al rapporto discusso fra ente soggetto e Stato - è la più esatta valutazione che essa consente sia delle varie qualifiche sotto le quali gli enti soggetti vengono classificati in dottrina sulla base delle loro caratteristiche storiche e dell'attività che svolgono sul piano internazionale, sia del significato di tali qualifiche ed attività agli effetti della «capacità giuridica» internazionale, sia del rapporto che sussiste fra le varie categorie dei soggetti stessi.

È piuttosto diffusa, nella dottrina dualista - ed ancora più in quella monista - l'idea che l'ordinamento internazionale «qualifichi» gli enti di cui si occupa come «Stati», «insorti», «belligeranti», «comitati nazionali», «governi in esilio», distinguendo in un certo senso - distinguendo «attivamente», vorremo dire - fra gli Stati da una parte e gli altri enti dall'altra, e poi ancora fra i primi agli effetti dell'assegnazione a ciascun ente o categoria d'una certa «capacità giuridica» internazionale[881]. Idea strettamente collegata, è chiaro, alla teoria della legittimazione degli Stati e degli altri soggetti da parte del diritto internazionale[882]. Non è difficile mostrare, ora, a ragion veduta, che da un lato l'idea

---

[880] Tanto in materia di arbitrato che di unioni di Stati e di soggettività individuale, p. es., non si può trovare un argomento decisivo nel fatto che gli Stati stipulino compromessi, accordi di «associazione» o trattati riguardanti interessi d'individui, perché l'idoneità dell'accordo a determinare fenomeni giurisdizionali e di organizzazione in genere od effetti per gl'individui dipende a sua volta, in un certo senso, dall'esistenza di questi fenomeni o almeno dalla loro «previsione» sul terreno del diritto *eteronomo.* Si finirebbe, altrimenti, in una serie di petizioni di principio.

Di ciò non si avvede l'OTTOLENGHI, *Sulla personalità internazionale,* ecc. cit., p. 350, nota 1, quando osserva: «A chi domandasse se e come in virtù dell'accordo possano cambiarsi i cardini stessi dell'ordinamento costituzionale della Società degli Stati, risponderemmo colla domanda se e come in un dato ordinamento interno, dove manchi un potere costituente, gli *ordinari organi legislativi* abbiano il potere di modificare le specie o i poteri degli organi sovrani». Il nesso rilevato nel testo non è bene inteso nemmeno dallo SPERDUTI, quando osserva (*L'individuo,* cit., p. 38) che «Il problema della condizione giuridica degl'individui in diritto internazionale va tenuto distinto, nonostante ogni possibile connessione [*Op. cit.,* p. 41], dal problema della posizione reciproca dell'ordinamento internazionale e dei singoli ordinamenti statuali». Tanto la possibilità di qualificare gli Stati contraenti un accordo come «organi legislativi» internazionali quanto la possibilità di considerare gli Stati stessi come organi di una comunità interindividuale (e quindi gl'individui come destinatari delle norme contrattualmente poste dagli Stati stessi) dipende dalla soluzione della questione di sapere se la società internazionale sia la comunità giuridica interindividuale organizzata dall'ordinamento internazionale in una pluralità di Stati (se l'ordinamento internazionale, in una parola. sia il diritto pubblico dell'umanità) oppure se la società internazionale sia soltanto una comunità paritaria di Stati assunti come soggetti elementari. E i dati raccolti nel capitolo precedente depongono nel secondo senso.

La contrapposizione fra le dottrine evoluzionistiche e quelle più rigorose risulta particolarmente evidente dal confronto delle riflessioni del CAVAGLIERI, *I soggetti,* cit., p. 26-27 da una parte (e gli autori da lui invocati a proprio sostegno) con quelle dell'ANZILOTTI, *Il dir. internaz.* nei *giudizi interni,* p. 42-44; *Gli organi comuni nelle soc. di Stati,* nella *Rivista,* cit., 1914, spec. p. 156 s. e 161; del MARINONI, *La responsabilità,* cit., p. 10, in nota; e dello stesso CAVAGLIERI, *La natura giur. della Corte internaz delle Prede,* cit., spec. p. 301 ss., 319 e *passim.* Nei passi ricordati delle quattro ultime opere citate - con il contenuto dei quali fondamentalmente concordiamo - manca, a ben guardare, *proprio la nozione esatta degli enti soggetti in esame:* ed e il difetto di questa nozione, p. es., che ha portato ad un certo punto l'Anzilotti a venir meno sotto certi riguardi (come in terna di unioni di Stati) alle premesse dualiste basilari.

[881] Così fanno, p. es., più o meno decisamente e consciamente, STRUPP, *Grundzüge d. posit. Völkerr.,* 1932, p. 79; ROMANO, *Corso,* cit., 1933, p. 122 s.; FEDOZZI, *Introduz.,* cit., p. 109 BISCARETTI DI RUFFIA, *Contributo alla teoria della formaz.,* ecc. cit., p. 91, 245 ss., spec. 246; MONACO, *Manuale,* cit., p. 143; e forse BALLADORE PALLIERI, *L'estinzione di fatto,* cit., p. 3 ss., *passim,* ma spec. 58 ss. e *Dir. internaz. pubbl.,* cit., p. 106 (ma v. *infra,* nota 49).

[882] *Supra,* p. 192 ss. per la teoria monista e 224 ss. per la teoria dualista. Ai rappresentanti di quest'ultima aggiungi ZORN, *Grudzüge des Völkerrechts,* cit., p. 26.

delle qualifiche è legata proprio alla nozione degli enti soggetti come istituzioni dell'ordinamento internazionale e dall'altro le difficoltà nelle quali la dottrina si dibatte in tema di capacità giuridica e capacità di agire degli enti soggetti primari di tipo statuale o «non statuale» derivano proprio da quella nozione ingiustificata degli enti stessi. Ed è proprio la più esatta nozione di questi enti come gruppi politici organizzati in linea di fatto che apre la via ad un'impostazione del problema della capacità più conforme all'atteggiamento dell'ordinamento considerato riguardo alle loro possibilità di partecipazione al commercio giuridico.

Nel dimostrare la natura «artificiale» e «giuridica» degli enti morali, abbiamo avuto occasione di notare che il regolamento della capacità giuridica di questi enti risente sempre, in qualunque ordinamento interindividuale, della funzione strumentale che il diritto assegna alle persone giuridiche. Mentre le persone fisiche si trovano investite, per così dire, d'una capacità commisurata alla loro attitudine materiale a realizzare gli elementi soggettivi delle ipotesi normative (per lo più generali), le persone giuridiche si trovano invece investite di capacità quantitativamente e qualitativamente determinate *dallo stesso ordinamento* in relazione agli scopi pei quali sono create[883]. Se ora si considera più a fondo questa differenza, se ne trova per l'appunto una conferma ed un'applicazione proprio nel mezzo tecnico che l'ordinamento rispettivamente utilizza nei due casi. In entrambi, l'ordinamento procede, senza dubbio, almeno formalmente, mediante la determinazione di categorie astratte di possibili soggetti, a ciascuna delle quali corrisponde una capacità più o meno genericamente determinata: sicché vien facile stabilire senz'altro un'analogia di funzione tecnica fra le qualifiche di minore, minore emancipato, interdetto, inabilitato ecc. attribuite alle persone fisiche e le qualifiche più o meno strettamente «tipiche» delle persone giuridiche pubbliche e private (società commerciali di vari tipi, istituti di beneficenza, comuni, provincie, ecc.). Non si può non vedere, però, che, mentre nel caso delle persone fisiche le situazioni di capacità - nel senso improprio in cui le isoliamo a scopo analitico dalle situazioni giuridiche alle quali esse «abilitano» l'ente[884] - implicano un atteggiamento in un certo senso *passivo* dell'ordinamento giuridico nei confronti di attitudini o qualità materiali dell'ente, che il diritto stesso non concorre a *determinare* ma solo a «parare» ed eventualmente a «certificare» nell'interesse dello stesso soggetto e dei terzi senza influire sulla loro esistenza, le qualifiche delle persone giuridiche - siano esse determinate dalla legge stessa (come nei singoli tipi di società commerciali e nelle persone giuridiche pubbliche e negl'istituti di beneficenza) o dall'iniziativa dei privati (associazioni non qualificate *ex lege*) - implicano al contrario un atteggiamento *attivo più* o meno intenso dell'ordinamento (a seconda del carattere pubblico o privato e cogente o dispositivo delle norme istitutive) nei confronti della «destinazione» costituzionale dell'ente: destinazione che si trova consacrata, oltre e prima che nello scopo in quanto ragione del riconoscimento generico o *ad hoc* dell'ente stesso, nei vincoli più o meno stretti stabiliti dalla legge o dallo statuto a carico degl'individui ai quali è o sarà affidato il compito di

[883] *Supra*, p. 75 s. e nota 65, p. 76 s.

[884] *Supra*, nota 9, p. 10 ss. Ai riferimenti ivi contenuti aggiungi ANZILOTTI, *Cours*, cit. (ediz. francese), p. 186-188, nel qual e comincia già a prendere forma quel concetto della funzione «ausiliaria» delle proposizioni in questione (rispetto a quelle finali), che la dottrina successiva è venuta sviluppando.

svolgere l'«attività» statutaria. Con questo non si nega, beninteso, che anche a persone fisiche siano affidate funzioni o potestà. Riteniamo, anzi, che *solo ad individui* vengano assegnate funzioni e potestà, anche quando si tratta formalmente di enti morali. Ma la differenza rimane ugualmente, in sede di determinazione della capacità, perché mentre nel caso delle persone fisiche - persone *date* o *reali* - l'assegnazione di funzioni alla persona è essa stessa un *posterius* rispetto alla determinazione della capacità, nelle persone giuridiche la determinazione delle capacità s'identifica con l'attribuzione di funzioni e potestà all'ente, ossia agl'individui membri-agenti. Il che significa che nei limiti in cui si può parlare di «capacità» giuridica o di agire dell'ente morale, la capacità stessa risulta in un certo senso imposta o assegnata dall'ordinamento stesso[885].

Se ora si considerano gli enti soggetti primari dell'ordinamento internazionale sotto il profilo della «capacità giuridica»; non si può non rilevare che non solo la migliore dottrina dualista - compresa quella che ritiene esistenti le qualifiche internazionalistiche dei soggetti sopra ricordate - ma la stessa prassi degli Stati tende a costruire il fenomeno in una maniera tale che questo aspetto della soggettività giuridica internazionale non corrisponde affatto alle caratteristiche generali rilevate nella capacità delle persone giuridiche e non appare affatto legato, in particolare, alle qualifiche giuridiche internazionali dei soggetti invocate da una parte della dottrina.

Stando alla prassi ed alla dottrina internazionalistica, ciascun ente soggetto è capace delle situazioni giuridiche attive o passive ed è idoneo a realizzare gli atti delle quali o dei quali in fatto realizza le fattispecie normative. Gli Stati, gl'insorti, la Santa Sede, i governi in esilio, i comitati nazionali, gli Stati protetti, gli Stati vassalli e via dicendo, partecipano ai rapporti ai quali in fatto risultano idonei a partecipare e compiono validamente gli atti dei quali riescono a realizzare.gli estremi d'ordine soggettivo e oggettivo[886]. Di fronte a questo fenomeno innegabile, i monisti, com'è noto, parlano anche in questi casi, come per le unioni, di una «competenza internazionale» dell'ente derivandola dalla sua destinazione effettiva generalmente conforme alla costituzione interna, e spiegano allo stesso modo le eventuali variazioni[887]. I dualisti, per parte loro, o si rifanno a costruzioni analoghe, conie quando parlano, per l'appunto, di qualifiche di Stati o di insorti che l'ordinamento attribuirebbe agli enti soggetti - nonché, fra gli Stati, delle sottoqualifiche di grandi, piccole, medie Potenze e di Stato vassallo, protetto o neutralizzato[888] - oppure asseriscono che nell'ordinamento internazionale non

---

[885] Ciò è confermato dal rilievo già fatto più sopra che se le condizioni di indole materiale incidono sulla capacità giuridica o sulla c. d. capacità di agire dell'ente morale con conseguenze decisive agli effetti dei rapporti che implicano l'esistenza di un organismo fisico-psichico umano, esse non incidono in modo decisivo sulla sfera dei rapporti rispetto ai quali la capacità o l'incapacità dipende dalla destinazione formale dell'ente o dell'organizzazione che si è costituita e muta con il mutare di queste condizioni: sia per volontà dei soci o dei rappresentanti, sia per disposizione di legge o dell'autorità costituita (*supra*, p. 76 s., in nota).

[886] È questo un insegnamento che può dirsi pacifico anche se non è sempre chiaramente formulato a causa della mancata percezione del problema in discussione (ed a causa dell'impossibilità di porre problemi di capacità nell'ambito della dottrina che escludeva l'esistenza di norme di diritto generale o eteronomo nell'ordinamento internazionale). V., per tutti (più o meno espliciti), ANZILIOTTI, *Corso*, cit., p. 171 in fine e s.; CAVAGLIERI, *Corso*, cit., p. 126 s., 182 ss.; BALLADORE PALLIERI, *Dir. internaz. pubbl.*, cit, p. 105 ss. spec. 110; ROMANO, *Corso*, cit., p. 116 s.; VENTURINI, *Il protettorato internaz.*, Milano, 1939, p. 52 ss., 65 ss., ed altri riferimenti *ivi*.

[887] V., p. es., VERDROSS, *Die Verfassung*, cit., p. 126 ss.

[888] ROMANO, *Corso di dir. internaz.*, cit., spec. p. 101-102; BALLADORE PALLIERI, *Dir. internaz. pubbl.*, ll. cit., e gli autori citati sopra, nota 44, p. 399.

esistono incapacità giuridiche né incapacità di agire, vuoi perché la capacità esprimerebbe solo la misura in cui un ente partecipa effettivamente al commercio giuridico[889], vuoi perché le norme sulla capacità non sarebbero vere e proprie norme in nessun ordinamento[890], vuoi perché non esiste nell'ordinamento internazionale, per l'assenza d'un ente sovraordinato agli altri e per il suo carattere prevalentemente volontario, la possibilità di quella valutazione obbiettiva della capacità materiale dell'ente - nell'interesse generale e dell'ente stesso - sulla base della quale il diritto interno regola la capacità giuridica e la capacità di agire dei soggetti[891].

A nostro avviso a hanno torto sia i monisti sia i dualisti che parlano di qualifiche *giuridiche* internazionali dei soggetti primari che influiscono sulla capacità, ma hanno ragione solo in parte i dualisti più «realisti». I primi due gruppi di autori hanno il torto di applicare agli enti soggetti, *primari* criteri e formule che si potrebbero applicare solo ai soggetti artificiali, ossia ad organismi (giuridici) internazionalmente costituiti[892]. Allo stesso modo come essi scambiano l'esistenza di fatto di enti politici e la titolarità da parte di questi enti di certi diritti o doveri internazionali con la legittimazione internazionale degli enti medesimi, così essi scambiano la sfera di rapporti nei quali la soggettività si è manifestata, o si ritiene possa manifestarsi in base alla condizione *materiale* di ciascun ente in rapporto alle varie norme e loro fattispecie[893], con una pretesa sfera di competenza attivamente assegnata all'ente dall'ordinamento internazionale. Quanto ai dualisti più coerenti, essi sono portati senza dubbio ad una visione più realistica del fenomeno, soprattutto perché il dualismo stesso (che esclude la rilevanza delle attività e degli ordinamenti interni) e la concezione organicistica che essi professano degli enti morali li portano ad applicare, più o meno consciamente, ai soggetti collettivi primari, criteri e formule propri del fenomeno della capacità delle persone che noi chiamiamo «*reali*»[894]. L'impropria nozione di ente morale che professano, d'altra parte, unita alla mancata percezione della più profonda differenza che sussiste fra la capacità delle persone fisiche ed il fenomeno apparentemente parallelo nelle persone giuridiche, li porta o a negare l'esistenza di fenomeni di incapacità giuridica o di agire - fenomeni che nell'ordinamento internazionale non esistono meno di quanto vi si riscontrino vari altri fenomeni che pure non presentano *tutti* gli estremi dei fenomeni paralleli di diritto interno -, oppure a negare ogni valore *giuridico* alle stesse proposizioni normative interne sulla capacità dei soggetti.

---

[889] ZICCARDI, *La costituzione,* cit., p. 269 e riferim. alle *Lezioni,* dell'AGO ivi, ed ora anche GIULIANO, *La comunità,* ecc. cit., p. 245. Un concetto analogo di capacità come «misura» della partecipazione in atto al commercio giuridico si trova, se non erriamo, nel CARNELUTTI, *Teoria generale,* cit., p. 118 in fine, 120 pr. («ipercapacità» dei recidivi e dei delinquenti abituali).

[890] Che sarebbe stando allo Ziccardi, l'idea dell'AGO.

[891] ANZILOTTI, *Corso,* cit., p. 171. Sostanzialmente in questo senso sembra orientato il PERASSI, *Lezioni* cit., I, p. 89-91 ss. In senso negativo è orientato anche il QUADRI, *Dir. internaz. pubbl.,* cit., p. 309-313.

[892] È evidente ormai, che la qualifica di soggetti «primari» che attribuiamo agli «Stati» non ha nulla a che vedere con la qualifica di *soggetti diretti* usata dai monisti e quella di soggetti primari usata dal QUADRI, *Dir. internaz. pubbl.,* cit., p. 257.

[893] Che è il concetto esatto, verso il quale tendono ormai un po' tutti gli autori cit., ed ai quali va aggiunto il MORI, *Nozioni,* cit., 1951, spec. p. 173 in fine, 174 s. Fondamentalmente a questo concetto s'ispirano, p. es., nella dottrina straniera, l'OPPENHEIM, *Internat. Law,* cit., I, p. 795 s. (nonostante il termine «competenza»o di cui fa uso), ed il ROSS, *A text-book,* cit., p. 96 ss.

[894] *Supra,* p. 96.

Secondo il nostro modo di vedere, invece, è senza dubbio inevitabile che nell'ordinamento internazionale generale - ordinamento paritario non si riscontri l'istituto della tutela degl'incapaci, come è inevitabile che manchino gli organi idonei a valutare gli elementi di ordine obbiettivo e soggettivo che in ogni ordinamento interindividuale evoluto son presi in considerazione nella determinazione della capacità dei soggetti. È anche logico che non si trovino in un diritto *non scritto,* proposizioni normative *ad hoc* sulla capacità del tipo di quelle che si trovano nella maggior parte dei codici. Ma questo non significa né che l'ordinamento internazionale non *regoli* la partecipazione dei soggetti al commercio giuridico sulla base delle qualità specifiche ch'essi posseggono in rapporto alle norme ed alle situazioni che esse contemplano[895] né che la capacità giuridica debba significare semplicemente - in qualunque ordinamento - la misura in cui un soggetto *già* partecipa a determinati rapporti, né tanto meno che le proposizioni di diritto interno sulla capacità non siano delle proposizioni normative[896]. Il punto negativo da rilevare è il fatto che fra i soggetti primari non esistono differenze in virtù di *qualifiche giuridiche* attributive di determinate *funzioni* agli enti soggetti primari stessi in quanto p. g. private o pubbliche - come non ne esistono, del resto, nemmeno in virtù di *status* o situazioni di incapacità o capacità determinate con atti *ad hoc* del tipo di quelle in cui negli ordinamenti interindividuali possono trovarsi le stesse persone reali (interdizione giudiziale, emancipazione ecc.). Esistono solo differenze di attitudini ed attività materiali. Una destinazione giuridica si troverebbe negli atti costitutivi delle unioni, e si potrebbe ammettere la possibilità che almeno in questi casi esista una certa ragion d'essere *giuridicamente stabilita* e quindi una capacità giuridica *da ente morale* del soggetto - dato e non concesso che esistano enti del genere in diritto internazionale. Ma un partito insurrezionale, un governo in esilio, la Santa Sede, l'ordine di Malta, gli Stati indipendenti, gli Stati dipendenti e via dicendo non costituiscono dei soggetti diversi per *destinazione giuridica* dell'ordinamento internazionale, ma soltanto soggetti più o meno diversi per gl'interessi concreti ideali o materiali che perseguono e per le

---

[895] Da questo punto di vista concordiamo con la dottrina che ammette l'esistenza di incapacità giuridiche internazionali (ROMANO, BALLADORE PALLIERI, *Opere,* e ll. cit.; MORELLI, *Nozioni,* cit., 1951, p. 172 ss., spec. 174 s. e rinvii ivi; VENTURINI, *Il protettorato,* cit., p. 65 ss., e *Il riconoscimento,* cit., p. 52 ss.), salvo a riconoscerne gli estremi in ciascun caso solo quando ne sussistano le condizioni, e non si tra«i di mere limitazioni convenzionali di libertà, come nel protettorato e nella neutralizzazione, alle quali in sé la migliore dottrina nega effetti più che obbligatori (ANZILOTTI, *Corso,* cit., p. 207 ss., 220 s.; PERASSI, *Lezioni,* cit., I, p. 104, 94 s. risp.; MORELLI, *Op. cit.,* (1947), p. 185 s., 189 ss.; ma in senso contrario, per il protettorato, BALLADORE PALLIERI, *Dir. internaz. pubbl.,* cit., p. 112 ss. e VENTURINI, *Il protettorato internazionale,* cit., p. 45 e, per la neutralizzazione, STRUPP, *Neutralisation, Befriedigung,* ecc. nello *Handbuch* di Stier Somlo, II, parte 2ª, Stoccarda, 1933, p. 193 ss., e FEDOZZI, *Introduz.,* cit., p. 190 ss.).

[896] Ad evitare ogni equivoco, però, non diremmo nemmeno che si tratti di una capacità commisurata alla «effettiva» partecipazione del soggetto al commercio giuridico: concetto che può dar luogo a confusione a causa del contenuto più o meno decisamente normativo attribuito al termine. (Anche i monisti, infatti, determinano la competenza sulla base dell'ambito effettivo di efficacia della potestà o dell'ordinamento). È semplicemente la idoneità materiale dell'ente a realizzare le ipotesi o i comportamenti contemplati dalle norme che costituisce il criterio in base al quale le norme stesse si indirizzano a determinati soggetti piuttosto che ad altri o più che ad altri, esattamente come fanno le norme interne che si rivolgono a individui. La sola differenza è costituita dal fatto che - tutela degli incapaci, naturalmente, a parte -, mentre in diritto interno le incapacità (o le capacità) si trovano sancite in proposizioni normative specifiche - proposizioni della cui natura ci siamo occupati (p. 295, in nota e rinvio ivi) - nel diritto internazionale la valutazione dell'elemento soggettivo della fattispecie si trova strettamente legata all'aspetto obbiettivo delle singole norme finali. Il che è notato dall'ANZILOTTI (oltre che dalla dottrina citata) quando osserva che «Le petit nombre des normes de droit international commum valent en genéral pour tous les sujets, à condition que, bien entendu, subsistent les conditions de fait auxquelles leur applicabilite est liée» (*Cours,* cit., ediz. francese cit., p. 188).

attività spirituali o pratiche che svolgono[897]. Il che non toglie, d'altra parte, che le situazioni d'inidoneità in cui i soggetti si trovino debbano qualificarsi come «incapacità»[898], analoghe a quelle che derivano per gl'individui dall'età minore o da deficienze fisiche o psichiche (cioè sempre materiali) d'altra natura[899].

Ciò significa, per altro verso, che non si possono stabilire fra i soggetti stessi differenze che non siano di mera capacità in senso materiale, ossia di idoneità a realizzare fattispecie normative. Gl'insorti, p. es., o un governo in esilio, non sono enti *diversi dagli Stati* nel senso che per essere soggetti essi abbiano bisogno di meno elementi o ne! senso che siano autorizzati a svolgere solo certe attività. Storicamente essi potrebbero essere stati, potranno essere o potranno non essere mai uno Stato in senso storico-politico. Giuridicamente, però, essi sono *enti soggetti* con la capacità corrispondente alle loro attitudini ed attività. I termini a insorti a, «governi in esilio» e via dicendo indicano fasi o stadi di enti soggetti che potranno essere passati o passare in futuro per la fase «Stato»[900]. E solo un ente soggetto è la Santa Sede. sia che essa presenti anche gli attributi e svolga anche le attività interne o esterne proprie degli Stati (come faceva, precisamente e certamente, nel periodo anteriore al 1870) sia che non le svolga affatto (come nel periodo 1870-1929) sia che le svolga in proporzioni ridottissime, come fa al giorno d'oggi. Le peculiarità giuridicamente rilevanti sono quelle

---

[897] È con questo difetto che si spiega il fenomeno, rilevato dalla dottrina (QUADRI, *Dir. internaz. pubbl.*, cit., p. 87, in fine), che «nel diritto internazionale, a differenza di quanto deve dirsi con riguardo al diritto interno, non è possibile distinguere fra capacità di diritto e capacità di agire. nel senso che ci siano enti capaci di diritto e incapaci di agire». Nesso non apprezzato dal ROSS, *A tex-book*, cit., p. 101 s. Ed è per la stessa ragione, a nostro avviso - e per la coincidenza stessa ira capacità giuridica e capacità di agire - che è forse più vicino al vero chi nega, come fa lo stesso QUADRI, l'esistenza di casi di responsabilità indiretta nel diritto internazionale (*Op. cit.*, p. 376). Per un nesso in un certo senso diverso fra i due fenomeni, v. MORELLI, *Op. cit.*, p. 175

[898] In questo senso non ci sembrano accoglibili né l'idea dello ZICCARDI, *La costituzione*, cit., p. 285, che l'inidoneità materiale della Santa Sede «ad esercitare attività di carattere costrittivo e in particolare la guerra e le rappresaglie»... «non va considerata come dipendente da vera incapacità», né l'idea dell'AGO (*Lezioni*, cit., pag. 69) - alla quale lo ZICCARDI si ispira - che non costituisca «incapacità» l'impossibilità, puramente materiale, «in cui si trovano gli Stati privi di confini marittimi, di essere destinatari delle numerose norme che riguardano la navigazione o la sovranità sul mare territoriale», né la tesi negativa analoga del QUADRI, già ricordata. L'AGO parla di «incapacità materiale» ed il primo autore di «astensione di fatto». Che le limitazioni del genere non somiglino alle limitazioni funzionali della capacita delle persone giuridiche deriva dalla circostanza che non si tratta di enti morali. E le peculiarità delle limitazioni, messe a confronto con le incapacità delle persone fisiche di diritto interno, derivano da un lato dall'inesistenza di istituti di tutela e dalla conseguente coincidenza fra incapacità di agire ed incapacità giuridiche, c dall'altro dalla circostanza che la natura socialmente complessa degli enti in questione fa sì che a differenza degl'individui nel diritto interno essi possono superare volontariamente, in linea di massima, lo stato d'incapacità in cui si trovano, costituendo gli organi necessari (forze armate), o ponendosi nella situazione materiale necessaria per trovarsi titolari di certi rapporti (sbocchi al mare) oppure liberandosi dai vincoli di fatto - attuati eventualmente in base ad accordi - che impediscono loro, p. es., di stipulare trattati direttamente. Ma fondamentalmente, il fenomeno è analogo a quello delle incapacità individuali, che sono, come si è spiegato, incapacità materiali anche se sancite dalla legge. Non comprendiamo, p es., a tale riguardo, la distinzione del QUADRI fra capacità di agire e possibilità di agire (*Dir. internaz. pubbl.*, cit., p. 311) quando si parta, come il Quadri e gli altri autori citati prima, dalla negazione del valore autonomo delle situazioni abilitanti di personalità e capacità.

[899] Solo in questo senso sottoscriviamo le osservazioni del QUADRI, *Dir. internaz. pubbl.*, cit., p. 36.

[900] Non può non sembrare strano che l'ordinamento internazionale assuma a soggetti gl'inserti tenendo conto, oltre che delle loro caratteristiche, delle loro «finalità» (BALLADORE PALLIERI, *Op. ult. cit.*, p. 106). La finalità degli insorti è la guerra, che l'ordinamento internazionale disciplina ma non legittima. E non ci si dica che cerchiamo il pelo nell'uovo, perché è nella somma di tutte queste sfumature che sta la differenza fra l'idea dell'ordinamento virtuale dell'umanità propria delle dottrine moniste (ed abbracciata dallo Sperduti) e quella dualista dell'ordinamento paritario fra gruppi.

che si riflettono nelle situazioni giuridiche soggettive internazionali di cui essa è partecipe o di cui è o può divenire in fatto idonea ad essere partecipe. Non esistono, insomma, gruppi politici soggetti *sui generis* per destinazione. Non sono *sui generis*, dal punto di vista giuridico, almeno in linea di massima. né gl'individui in diritto interno né i gruppi soggetti primari di diritto internazionale[901].

7. - Il secondo corollario della conclusione raggiunta per la teoria dei soggetti in sé è la valorizzazione più diretta dell'elemento materiale dell'ente destinatario delle norme, agli effetti sia dell'individuazione dell'ente stesso sia della teoria delle sue vicende.

L'idea generale, che ci si trovi in presenza di enti morali, ha portato sinora la dottrina internazionalistica a costruire come fenomeni almeno in parte giuridici la maggior parte delle vicende degli enti soggetti connesse con la dinamica della soggettività giuridica, nel senso di scorgere dei fenomeni giuridici internazionali più o meno accentuati e nettamente determinati anche *al di là* o *al di qua* della mera *destinatarietà di norme.* Di questa tendenza abbiamo potuto già render conto, in parte, nel corso dell'indagine sinora svolta, proprio allo scopo di dimostrare l'inesistenza di fenomeni giuridici internazionali del genere, e dei quali la pretesa essenza di «enti morali» degli enti soggetti non costituirebbe in sostanza che la sintesi. Fenomeni normativi siti logicamente e praticamente al di là o al di qua della pura e semplice titolarità dei diritti e doveri attribuiti dalle norme di diritto internazionale sono per l'appunto la giuridicizzazione del processo formativo-estintivo[902], del rapporto fra le norme che si rivolgono ai gruppi e gl'individui che li compongono[903], e della organizzazione dei gruppi medesimi agli effetti della loro attività giuridicamente rilevante per l'ordinamento internazionale[904]. In sede conclusiva, poi, ritenuto che la dimostrazione dell'inesistenza di questi pretesi fenomeni normativi sia sufficiente per legittimare il rigetto della nozione dominante, abbiamo proseguito nell'opera critica nello stesso senso, inducendo ulteriormente dagli elementi negativi raccolti sia ai fini della teoria generale dell'ordinamento e soprattutto del rapporto fra diritto internazionale ed interno, sia ai fini della teoria di certe qualificazioni soggettive e della capacità degli enti considerati. Tanto l'idea della giuridicità degli ordinamenti interni dei gruppi soggetti di base quanto l'idea che l'ordinamento internazionale si occupi di conferire qualifiche o capacità funzionali agli enti soggetti stessi sono anch'esse delle manifestazioni della stessa tendenza a scorgere fenomeni giuridici *al di là* del mero conferimento di situazioni giuridiche soggettive. Anche queste applicazioni della nozione dominante dovevano senz'altro cadere con la nozione stessa. Sarebbe ingenuo credere, tuttavia, che le conseguenze della giuridicizzazione alla quale si è accennato siano tutte qui e che la revisione progettata sia compiuta.

Il risultato conseguito mette innanzi tutto a nudo il problema della individuazione dell'ente storico-sociale *dato* che, in difetto dell'elemento giuridico presente negli enti

---

[901] Altra applicazione, questa, della conclusione raggiunta, e di cui vedremo le conseguenze ulteriori (in sede di determinazione degli elementi costitutivi) per la valutazione delle dottrine secondo le quali il territorio sarebbe elemento costitutivo indispensabile per gli Stati, nonostante che non lo sia per un comitato nazionale o per la Santa Sede (Parte III).

[902] Cap. prec., Sez. II.

[903] Cap. prec., Sez. III.

[904] Cap. prec., Sez. IV.

morali, costituisce, evidentemente, *tutto l'essenza* di quel termine del fenomeno soggettivo che è il. centro d'imputazione. Finché si parlava dello Stato come ente «astratto» o «giuridico» o «morale», questo elemento poteva anche restare nell'ombra, nonostante la sua importanza, come in un certo senso potrebbe restare nell'ombra, almeno a certi effetti, nel quadro d'una indagine strettamente normativa sugli enti soggetti «astratti» «giuridici» o «morali» di diritto interno. Si è visto infatti che, data la loro essenza fondamentalmente giuridica, l'essenza e le vicende degli enti morali di diritto interno sono giuridiche in un senso diverso da quello in cui sono tali le variazioni di soggettività delle persone fisiche o reali[905]. Nel caso in esame, invece, è ormai chiaro che ci troviamo di fronte - soggettività a parte - ad enti reali. Di questi enti reali, dunque, ci resta da conseguire, come si accennava in sede introduttiva, una nozione più esatta con riferimento *diretto* agli elementi materiali che concorrono o potrebbero concorrere a costituirli. Solo a nozione materiale conseguita, poi, si potranno studiare le vicende degli enti in questione, per chiarire gli aspetti, diciamo così, dinamici della soggettività giuridica internazionale, quali l'identità e continuità, la successione, la fusione, l'insurrezione e lo smembramento, ed i fenomeni limite dei comitati nazionali e dei governi in esilio.

Sin da ora dobbiamo avvertire, però - a completamento delle conclusioni sul punto fondamentale enumerate nei paragrafi precedenti di questo Capitolo, che il risultato raggiunto in merito all'atteggiamento passivo dell'ordinamento internazionale nei confronti della realtà sociale di cui gli enti soggetti risultano *grosso modo* costituiti importa conseguenze dirette anche per la soluzione dei vari problemi di «dinamica» ricordati, e che presuppongono la nozione materiale degli enti soggetti. Conseguenze negative, precisamente, che sono deducibili sin da questo momento proprio grazie alla conclusione che i soli elementi che ormai importino - soggettività a parte - sono la composizione materiale degli enti soggetti e le sue variazioni.

Se si considera la dottrina dominante in tema d'identità e continuità dello Stato nei casi di mutamenti costituzionali nonché in tema particolare di fusione, insurrezione, comitati nazionali, governi in esilio e via dicendo, si rileva facilmente che si ricorre spesso e volentieri, dalla maggior parte degli autori, a criteri e soluzioni ispirati alle vicende analoghe che si verificano o si suppone possano verificarsi nelle persone giuridiche. Ed è altrettanto evidente che l'elemento fondamentale che la dottrina introduce, sulla base di questo parallelismo, nella teoria della «dinamica» della soggettività internazionale, è costituito quasi sempre da un «intervento» dell'ordinamento internazionale - se ci si consente l'espressione - che trascende, in un certo senso, la mera riduzione o estinzione della soggettività o il mero mantenimento o trasferimento di situazioni giuridiche soggettive in capo ad entità reali date. Una delle manifestazioni più evidenti di questa tendenza è l'abitudine generale di porre la questione della identità dello «Stato» soggetto (in caso di rivoluzione, colpo di Stato o altro rivolgimento del genere) come una questione giuridica o di «identità legale» dello Stato, da risolversi sulla base di *norme* o *criteri* di *diritto internazionale*[906]. Ed è altrettanto caratteristica la

[905] *Supra*, p. 69 ss., spec. 78 s.

[906] *Supra*, p. 200-202. In questo senso sono orientati, p. es. - con la dottrina dominante - la scritti recentissimi del VERDROSS e del CANSACCHI sull'identità dello Stato austriaco.

contrapposizione fra Stato e governo intesa come una distinzione parallela od in tutto analoga a quella fra l'ente morale astratto e quelli che per noi ne sono oli agenti legalmente qualificati[907].

Salvo a vedere più avanti a quali difficoltà questi (tali) atteggiamenti diano luogo e quali chiarimenti possano venire dalla loro revisione, ci basti rilevare - come già abbiamo fatto più sopra sul primo punto - che la conclusione raggiunta in questa parte esclude senz'altro che si possano impostare i problemi del genere come problemi *giuridici* internazionali. In ogni caso, i soli fenomeni giuridici ai quali la dinamica della soggettività internazionale dia luogo - almeno nel caso degli enti soggetti diretti qui considerati - sono le variazioni attinenti all'esistenza o continuità oppure alla mera destinatarietà di *diritti* o *doveri(obblighi)*. Precisazione che consente di sviluppare più compiutamente e concretamente, come vedremo, alcune teoriche di minoranza in tema d'identità e successione, delle quali la nozione degli enti soggetti come persone giuridicamente composte ha sinora impedito la dimostrazione più completa e lo sviluppo[908].

---

[907] V. già, in senso critico, GIULIANO, *La comunità,* cit., p. 247-48. Una delle applicazioni più importanti di questa distinzione - a parte la nota distinzione fra nuovo Stato e nuovo governo - è il passaggio degli insorti vittoriosi (governo di fatto generale) dal rango di soggetto a quello di organo (governo) d'un soggetto.

[908] Alludiamo alle teoriche avanzate in Italia spec. dal QUADRI, *Stato,* cit., spec. p. 19-26 dell'estr. e *Dir. internaz. pubbl.,* cit., p. 334-335. Ci asteniamo da altri riferimenti, che troveranno la loro sede nella Parte successiva.