

Gaetano Arangio-Ruiz
Emerito di Diritto internazionale
Università "La Sapienza", Roma

LA PERSONA INTERNAZIONALE DELLO STATO

UTET
GIURIDICA

Tratto dal *Digesto delle discipline pubblicistiche* - III Aggiornamento (2008)

© 2014 - *Terza ristampa* - Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Strada I, Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (MI)

© 2008 Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Strada I, Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (MI)

Redazione UTET Giuridica:
Corso Lombardia, 69 - 10099 San Mauro Torinese (TO)
Sito Internet: www.utetgiuridica.it
e-mail: info@wkigiuridica.it

UTET GIURIDICA® è un marchio registrato e concesso in licenza da De Agostini Editore S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

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

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale – cioè, a titolo esemplificativo, commerciale, economico o professionale – e/o oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da EDISER Srl, società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi Centro Licenze e Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali. Informazioni: www.clearedi.org.

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze.

Project editor: Pietro Giordano
Fotocomposizione: LT77 - Torino
Stampa: LegoDigit s.r.l. - Lavis (TN)

ISBN 978-88-598-0346-1

INDICE

I

INTRODUZIONE

1. Piano del lavoro *p.* 1

II

LA PERSONA GIURIDICA IN GENERALE

2. Natura giuridicamente artificiale degli enti morali nel diritto positivo » 3
3. Creazione della persona giuridica » 5
4. Estinzione e trasformazioni » 6
5. Dati ulteriori: la cosiddetta «azione» e «volontà» diretta della p. g.;
– la pretesa «imputazione giuridica» di atti » 9
6. Natura strumentale della soggettività della p. g. » 15

III

LO STATO NEL DIRITTO INTERNO COME PERSONA GIURIDICA

7. Giuridicità della persona dello Stato nel diritto interno » 17
8. Nel diritto divino e nel diritto naturale » 18
9. Nel diritto positivo » 21
10. Il rapporto fra diritto e Stato secondo Santi Romano e secondo
Hans Kelsen. Brevi considerazioni comparative » 25



IV

LA PERSONA INTERNAZIONALE DELLO STATO
 («STATO NEL SENSO DEL DIRITTO INTERNAZIONALE»)
 COME ENTE DI FATTO

11. Fattualità della persona internazionale dello Stato	<i>p.</i>	29
12. Le cosiddette State-making and Un-making Norms	»	30
13. Limiti di portata di dette norme: non incidenza diretta sulla formazione, l'esistenza, i mutamenti e la dissoluzione di Stati o governi »		33
14. Riprove ulteriori della fattualità della persona internazionale dello Stato. <i>a)</i> L'organizzazione dello Stato (dal punto di vista del diritto internazionale); <i>b)</i> La condizione dell'individuo secondo il diritto internazionale	»	39
15. La fattuale indipendenza dello Stato nel senso del diritto internazionale al confronto con la essenza giuridica dell'autonomia degli enti dipendenti nel diritto nazionale. La sovranità esterna come sinonimo della fattuale indipendenza della persona internazionale dello Stato »		42
16. I dati raccolti come conferma della natura fattuale della persona internazionale dello Stato	»	46

V

INCOERENZA DELLA NOZIONE DOMINANTE DELLO STATO
 NEL SENSO DEL DIRITTO INTERNAZIONALE
 CON LA TEORIA DUALISTA

17. La <i>Zwei Seiten Theorie</i> nella visione di Dionisio Anzilotti e dei suoi successori. Significative contraddizioni e ammissioni	»	49
18. Incompatibilità della teoria delle due facce con la concezione dualista, <i>a)</i> riguardo alle fonti convenzionali e alla consuetudine, <i>b)</i> riguardo alla condizione dei sudditi degli Stati	»	54

VI

I SOGGETTI DIVERSI DAGLI STATI (COSIDDETTI SUI GENERIS)

19. Estensione della ricostruzione ai cosiddetti «soggetti non-Stati» (o sui generis). Natura parimenti fattuale delle persone internazionali relative	»	61
20. Natura della personalità della Chiesa Cattolica (Santa Sede) dal punto di vista del diritto internazionale. Rapporto Santa Sede (Chiesa Cattolica)-Stato della Città del Vaticano. Convalida della fattualità delle persone degli Stati e dei soggetti sui generis	»	62



21. Conferme ulteriori: la personalità «sui generis» dei partiti insurrezionali p. 64
22. Inconsistenza della collocazione dei soggetti «sui generis» nell'ambito di un preteso *ius inter potestates* o altro settore distinto del diritto internazionale. Il diritto della società degli Stati come diritto delle relazioni fra potenze, quali formazioni indipendenti da ogni entità superiore » 65

VII

LA PERSONA INTERNAZIONALE DELLO STATO
NELLA SUA CORPOREITÀ

23. La persona internazionale dello Stato alla luce del rigetto della cosiddetta composizione «ternaria»: *a)* il territorio, *b)* il popolo, *c)* l'ordinamento giuridico » 69
24. Conclusiva distinzione della persona internazionale dello Stato dalla persona giuridica dello Stato nell'ordinamento nazionale . . » 74

VIII

ACQUISTO DELLA SOGGETTIVITÀ E RUOLO
DEL RICONOSCIMENTO

25. Natura non costitutiva del riconoscimento » 79
26. Effetti giuridici del riconoscimento nei rapporti dello Stato riconosciuto con gli Stati riconoscenti » 81

IX

AZIONE E VOLONTÀ DELLA PERSONA INTERNAZIONALE

27. Organicità del rapporto della persona internazionale con gli individui che ne esprimono la volontà o l'azione. Rigetto dell'analogia con il preteso «*agire*» e «*volere*» diretto degli enti morali e della persona giuridica dello Stato nel diritto nazionale » 83
28. Analogia con l'attribuzione di attività o volontà alle persone fisiche » 86
29. Notazioni sull'attribuzione dell'illecito come operazione fattuale. Rigetto della teoria della cosiddetta «*imputazione giuridica*» di fatti soggettivi alle persone internazionali » 87
30. Considerazioni critiche e riflessioni sulla costruzione cosiddetta «*normativa*» del fenomeno nel progetto della CDI sulla responsabilità da illecito » 88
- Bibliografia » 93





I

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. *Piano del lavoro.*

1. *Piano del lavoro.*

La persona internazionale dello Stato è definita dai più come una delle facce di una medaglia la cui faccia opposta sarebbe la persona giuridica dello Stato nel diritto interno. È questa la teoria delle *Zwei-Seiten* o «delle due facce dello Stato» una faccia personificata come ente morale dal diritto interno (di ciascuno Stato); l'altra personificata come ente morale dal diritto internazionale¹. Tale costruzione trovasi implicitamente estesa ai cosiddetti soggetti sui generis (o «diversi dagli Stati»), quali i partiti insurrezionali, i movimenti di liberazione, la Santa Sede e i governi in esilio (v., *infra*, parr. 20 s.).

Legata com'è a non condivisibili concezioni delle persone giuridiche in generale e della persona giuridica interna dello Stato in specie, nonché a un modo discutibile di intendere il rapporto fra diritto internazionale e ordinamenti interni dei singoli Stati, la *Zwei-Seiten Theorie* non è condivisibile. La persona internazionale dello Stato si identifica, anziché con l'ente morale dello Stato del diritto interno, con una entità diversa, non qualificabile come persona giuridica in senso proprio, e accostabile piuttosto a quello che i più designano come il

¹ I termini persona giuridica e ente morale sono qui usati come sinonimi.



«sostrato» ovvero l'ente – fattuale – sottostante all'ente morale dello Stato del diritto interno. La dimostrazione di tale assunto richiede un breve discorso sulla nozione della persona giuridica dello Stato del diritto interno, e, prima ancora, un excursus ancora più breve sulla nozione generale delle persone giuridiche: nozione non sempre ben presente, a quanto sembra, agli internazionalisti non solo italiani.



II

LA PERSONA GIURIDICA IN GENERALE

SOMMARIO: 2. *Natura giuridicamente artificiale degli enti morali nel diritto positivo.* – 3. *Creazione della persona giuridica.* – 4. *Estinzione e trasformazioni.* – 5. *Dati ulteriori: la cosiddetta «azione» e «volontà» diretta della p. g.; – la pretesa «imputazione giuridica» di atti.* – 6. *Natura strumentale della soggettività della p. g.*

2. *Natura giuridicamente artificiale degli enti morali nel diritto positivo.*

Com'è noto, la dottrina tuttora dominante degli enti morali propende per un concetto di persona giuridica che coincide in sostanza con quello di ente diverso dall'essere umano, e in particolare – come sovente si legge, per esempio, in tema di associazioni e società commerciali – con il concetto di ente collettivo. Il tratto distintivo rispetto alla persona fisica – quella che gli inglesi più umanamente chiamano persona naturale – sarebbe costituito dalla diversità del sostrato fattuale della soggettività. Nel caso della persona fisica, il sostrato fattuale è costituito – ciò è pacifico – dall'essere umano, dotato di certe caratteristiche, per esempio la vitalità. Nel caso delle persone giuridiche, in luogo dell'essere umano si troverebbe un sostrato diverso benché ugualmente fattuale (corporeo o ideale) costituito da una collettività, da una organizzazione di persone e mezzi, da un patrimonio, da un elemento immateriale quale l'opera, l'interesse collettivo o lo scopo, oppure da due o più di detti elementi assieme².

² Per chi assuma una siffatta nozione di persona giuridica è naturale, per esempio, collocare senz'altro nella categoria delle persone giuridiche (o enti morali) anche i



Secondo il modo di vedere del presente autore – e non solo suo – la caratteristica essenziale degli enti qualificati come persone giuridiche (o enti morali) nel diritto positivo dei moderni ordinamenti nazionali, risiede non già in una diversità di ordine fattuale dell'ente al quale la personalità è attribuita, bensì nel fatto che detto ente s'identifica anziché con un quid fattuale dato (corporeo o ideale), bensì con una entità meramente giuridica. Così concepita, la persona giuridica si contrappone alla corporeità della persona fisica o naturale, entità data per il diritto. Benché non manchino in dottrina teorie che più o meno decisamente ed esplicitamente riconoscono tale stato di cose, la concezione tuttora dominante, almeno in Italia, sembra restare quella sopra indicata.

In lavori alquanto datati il presente autore ha cercato di approfondire e meglio giustificare, per l'appunto, la nozione delle persone giuridiche come entità giuridiche – e in tal senso artificiali – in funzione di centri strumentali di attribuzione di capacità e situazioni giuridiche soggettive. Si considerava, a tal fine, il problema dell'essenza e della funzione della persona giuridica, la natura strumentale della sua soggettività, la dicotomia persone giuridiche e persone fisiche, nonché, oltre alla persona giuridica dello Stato [nel *diritto interno*], il modo come le persone giuridiche (Stato del diritto interno compreso) partecipano al «commercio giuridico».

soggetti del diritto internazionale, i quali, in epoca moderna, si presentano per l'appunto, in grande maggioranza, come aggregazioni o comunità d'individui. Al fatto che dal punto di vista del diritto internazionale gli Stati e le altre persone internazionali presentino, rispetto alle persone giuridiche (e allo Stato stesso del diritto interno), notevolissimi elementi differenziali non si dà un peso decisivo. Vero è che i principali soggetti del diritto internazionale prendono proprio il nome di Stati e in un certo senso corrispondono, *grosso modo*, a Stati. Senonché, è proprio dalla questione di sapere se essi siano configurabili o meno come persone giuridiche in senso proprio *dal punto di vista del diritto internazionale*, che dipende in gran parte la questione di sapere se e in quale senso essi coincidano con gli enti morali di diritto interno *grosso modo* corrispondenti.

Della natura dello Stato nel senso del diritto internazionale – nonché delle persone internazionali diverse dagli Stati – ci siamo occupati in vari lavori a partire dal 1950. Ci riferiamo specialmente a: *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, Milano, 1951 (citato come *Gli enti*); e *Sulla dinamica della base sociale nel diritto internazionale*, *Annali della Facoltà giuridica della Università degli Studi di Camerino*, XXI, 1954, che viene qui citato come *Dinamica*.

Tali studi inducevano a concludere che la persona giuridica è, giuridicamente parlando, una costruzione del diritto, ossia un centro giuridico (e in tal senso artificiale) di attribuzione di diritti e obblighi, istituito per il perseguimento di interessi pubblici o privati di persone fisiche. Il cosiddetto substratum della persona giuridica (menzionato, per esempio, da Anzilotti nel passo riportato più avanti) non è propriamente la persona agli occhi del diritto. Esso è piuttosto l'elemento sociale e materiale sottostante regolato dalle norme che compongono lo statuto dell'ente morale³.

Ciò è ampiamente dimostrato dalla maniera in cui le persone giuridiche vengono giuridicamente create, modificate (nella composizione, struttura, capacità o scopo), ed eventualmente dissolte, nonché dalle funzioni svolte dai loro agenti operanti come strumenti – al pari della persona giuridica stessa – di rapporti giuridici fra membri, beneficiari, e altri soggetti di diritto.

3. Creazione della persona giuridica.

Riguardo alla nascita delle persone giuridiche, si pensi agli atti con i quali vengono fondate le persone giuridiche private (associazioni, fondazioni, società commerciali) nonché alle leggi e agli atti amministrativi eventualmente necessari per l'erezione in ente morale. Quanto alle persone giuridiche pubbliche, basta riferirsi alla costituzione e alla legislazione statale istitutiva di enti pubblici territoriali quali le province ed i comuni. Si pensi, in particolare, ad esempio, alle regioni istituite dalla Costituzione italiana e dalle leggi che vi danno attuazione⁴.

La differenza radicale rispetto alla nascita di una persona fisica è dunque abbastanza manifesta perché sia necessario attardarsi. Nel

³ Sul rapporto fra l'ente e il suo sostrato, *infra*, nt. 7.

⁴ Con riguardo, per es., a uno Stato federale, mi limito a ricordare i numerosi *Enabling Acts* del Congresso statunitense, mediante i quali la maggior parte degli Stati membri dell'Unione americana sono passati dallo status originario di Territori dell'Unione a quello di Stati formalmente costituiti come membri dello Stato federale nordamericano, assumendo entro quell'ordinamento la condizione di sistemi giuridici derivati.

caso del venire in essere di una persona fisica, l'aspetto giuridico (vale a dire normativo) del fenomeno si risolve nell'attribuzione della capacità e/o di situazioni giuridiche soggettive concrete (diritti, obblighi e quant'altro) a un ente dato. Di fronte a siffatto aspetto normativo del fenomeno si trova, naturalmente, la condizione fattuale (la c.d. fattispecie) della personalità, ossia il fatto della nascita di un essere umano al cui verificarsi è subordinato l'acquisto della personalità, nonché l'essere umano stesso come punto terminale della soggettività. Nel caso delle persone giuridiche, l'aspetto strettamente giuridico del fenomeno consiste invece di un evento o effetto duplice. In primo luogo, si danno una serie di qualificazioni giuridiche del cosiddetto «sostrato» costitutive di una comunità e/o un'organizzazione: qualificazioni espresse nello statuto dell'ente morale e attributive di diritti, obblighi, poteri e funzioni alle persone fisiche dei membri, e/o degli agenti dell'ente morale nonché dei destinatari o dei beneficiari dell'attività dell'ente. In secondo luogo – ma i due eventi o effetti sono in realtà, diremmo, simultanei – si dà l'attribuzione, all'ente morale così (giuridicamente) eretto, della soggettività e della titolarità delle situazioni giuridiche soggettive concrete delle quali si realizzino in capo ad esso le condizioni⁵.

4. *Estinzione e trasformazioni.*

Considerazioni analoghe valgono per l'estinzione delle persone giuridiche e per le loro trasformazioni. Il venir meno della persona giuridica non è un mero fatto. E ciò in senso notevolmente diverso da quello in cui può dirsi che non sia di mero fatto la perdita della personalità giuridica da parte d'un essere umano. Vero è che talvolta la dottrina distingue dai modi giuridici di estinzione degli enti morali (decorso del termine statutario, delibera di scioglimento, soppres-

⁵ Questi due eventi o effetti giuridici – soltanto il secondo dei quali, ossia la soggettività, somiglia molto, benché non del tutto, a quello che è l'unico effetto giuridico del venire in essere della persona fisica – si ravvisano con chiarezza, benché derivino dalle medesime fattispecie legislative o negoziali, in tutte le figure che negli ordinamenti statali vanno sotto il nome di persona giuridica (o ente morale), di natura privata o pubblica.

sione) una specie di estinzione per fatti naturali o «cause intrinseche»: estinzione che avrebbe luogo allorché «vengano meno totalmente i membri, l'organizzazione, il patrimonio». Ed è vero soprattutto che la dottrina corrente risolve in ogni caso l'effetto giuridico estintivo nella «Aufhebung» della qualità di soggetto all'ente dato: ciò che è invece il solo fenomeno giuridico che si verifichi per effetto del venir meno della persona fisica. Non è difficile mostrare, tuttavia, che in entrambe le figure di estinzione identificate in dottrina il fenomeno presenta un aspetto profondamente diverso da quello del fattuale venir meno d'un essere umano e della conseguente cessazione della soggettività ad esso facente capo. Nel caso dell'ente morale, il fenomeno si risolve infatti ancora una volta – a parte le condizioni di fatto alle quali è subordinato – interamente nel mondo del diritto⁶. Quando per es. si dice, all'art. 27 c.c., che «la persona giuridica si estingue quando lo scopo è stato raggiunto o è divenuto impossibile» si allude a un evento o effetto («si estingue») di natura non meno giuridica della risoluzione del contratto per inadempimento (artt. 1453 ss. c.c.) o l'impossibilità della prestazione (artt. 1463 ss. c.c.).

I mutamenti di composizione e di struttura – dai più estesi e profondi a quelli di minor conto – nonché lo stesso mutamento d'identità dell'ente morale, si avranno solo quando siano introdotte le necessarie modifiche nello statuto dell'ente, vuoi ad opera degli stessi soci e nelle forme previste dallo statuto, vuoi per intervento diretto dell'autorità amministrativa o del legislatore. La legittimità prevale dunque decisa-

⁶ Riguardo ai modi di estinzione generalmente riconosciuti come *giuridici*, trattasi della realizzazione di fattispecie negoziali, amministrative o legislative produttive di eventi o effetti giuridici estintivi dell'ente e della sua soggettività. Trattasi cioè dei mezzi predisposti dal diritto per «cancellare» dal proprio mondo – quando si verifichino circostanze che non necessariamente, e anzi quasi mai coincidono con il venir meno di tutti o parte degli elementi materiali del cosiddetto «sostrato fattuale» – il centro di soggettività, nonché quell'ordinamento derivato che è lo statuto dell'ente morale.

Quanto ai modi naturali o «intrinseci» di estinzione, essi potrebbero dar luogo a dubbi giacché i fatti determinanti dell'effetto estintivo colpiscono direttamente quel «sostrato» fattuale nel quale le teorie dette «della realtà» identificano l'ente morale. Non mancano tuttavia chiari indizi nel senso che anche i fatti in questione sono altrettante parti d'una fattispecie complessa, alla realizzazione della quale il diritto ricollega lo stesso duplice evento o effetto giuridico negativo che caratterizza, come spiegato, i modi giuridici di estinzione.

mente sull'«effettività». E non si tratta, beninteso, di una mera preferenza del diritto per l'entità fattuale legale al confronto con quella illegittima. Anzitutto l'ente morale de quo, costituito e organizzato conformemente a diritto in un momento dato potrà a sua volta non esserlo più in un momento successivo senza che per questo solo fatto muti o venga meno il centro giuridico d'imputazione. In secondo luogo, lo stesso ente fattuale conforme a statuto può porsi con la sua attività in contrasto con il diritto, fermo restando l'ente morale legittimo. È il caso (se pensiamo un momento a enti derivati pubblici personificati o non personificati) degli Stati confederati dell'America del Nord durante la guerra civile, dei quali si dirà più avanti (par. 23, c).

L'ente fattuale o reale si modella insomma sull'ente legale – lo statuto – o se ne discosta in misura più o meno grande. Prevale però sempre l'ente legale, che resta immutato – salvo modifiche statutarie o legislative – nonostante qualunque modifica del cosiddetto sostrato e il suo eventuale smembramento. L'identificazione dell'ente morale con l'ente fattuale o reale sarà pure giustificata dal punto di vista storico-sociologico⁷. Non dovrebbe essere però necessario ricordare che in un'ottica sociologica l'entità o le entità fattuali e le norme (quelle statutarie e quelle costituzionali o legislative) vengono in considerazione tutte insieme come fenomeni storici nella loro totalità e nella loro interazione reciproca. Si è fuori, a tale punto, dal campo normativo al quale appartiene il regime giuridico dell'ente morale⁸.

⁷ Mette conto di precisare, riguardo al rapporto fra persona giuridica e sostrato, che benché il secondo sia per lo più normalmente presente insieme con il primo per l'intero arco dell'esistenza dell'ente morale, non mancano eccezioni. Si dà anzitutto il caso che il sostrato non esista ancora – o non ancora nella entità o nella forma stabilita dallo statuto – nel momento dell'entrata in vigore di questo e della personificazione dell'ente morale. È quanto sarebbe avvenuto, come ricordato ne *Gli enti*, cit., 65 e nt. 45 per la Regione veneta. In secondo luogo si dà sia il caso che il sostrato sopravviva alla estinzione dell'ente morale – come nel caso ovvio dell'entità fattuale di un comune nonostante lo scioglimento della persona giuridica corrispondente – sia il caso che il sostrato scompaia nel corso della vita dell'ente morale, ferma restando la persona giuridica sino a quando non intervenga (per effetto della c.d. causa «intrinseca») l'eventuale giuridico scioglimento.

⁸ Per dirla con il datato nostro discorso ripreso da Gustavo Minervini (il quale prestava una certa attenzione a *Gli enti*, cit.), «[l']ente corrispondente alla persona giuridica non s'identifica con un'entità materiale, ma è costituita invece da un'entità

5. Dati ulteriori: la cosiddetta «azione» e «volontà» diretta della p. g.; – la pretesa «imputazione giuridica» di atti.

Sarebbe lungo enumerare tutti gli altri indizi – certo non ne mancano – dell'impossibilità d'identificare il centro di soggettività con l'ente fattuale sottostante. Rinvio agli studi sopra ricorda-

meramente giuridica. Non è che con ciò voglia negarsi [come pensava il F. CAPOTORTI, *La nazionalità delle società*, Napoli, 1953, 128-130] la possibilità (e, anzi, la normalità) dell'esistenza di un'entità materiale "sottostante": solo che non è a questa che il diritto conferisce la qualità di soggetto. Il problema è di diritto positivo: orbene, dalla disanima (diligentemente effettuata dall'Arangio-Ruiz) della disciplina attuata dai diritti statuali, risulta che il centro di soggettività corrispondente alla persona giuridica non coincide con l'eventuale unità reale costituita dal gruppo di individui, dall'organizzazione, ecc. L'ordinamento, al contrario, "assume a centro di soggettività non la collettività quale storicamente si presenta, bensì quello che ciascun gruppo deve essere secondo le disposizioni dello statuto" (*Gli enti*, cit., 79 ss.)...: l'Arangio-Ruiz dimostra (a nostro parere, più che esaurientemente) che tra il fenomeno di soggettività e la realtà sociale sottostante è dato riscontrare frapposta, negli ordinamenti giuridici statuali, un'entità giuridica che prevale agli effetti giuridici sull'ente reale in cui quella realtà si trovi eventualmente composta ad unità storico-sociale. Cioè, per dirla in breve: l'ente reale si modella sull'ente legale – lo statuto – o se ne allontana in modo più o meno rilevante. Ma quello che prevale è sempre l'ente legale ... L'identificazione con l'ente reale può essere giustificata [solo] dal punto di vista storico-sociologico... Le persone giuridiche, può dirsi con una locuzione espressiva [dell'A.-R.], "son fatte di diritto": e l'ente cui il diritto conferisce la qualità di soggetto-persona giuridica, è null'altro che "il meccanismo normativo dello statuto". Vedasi, di MINERVINI, *Alcune riflessioni sulla teoria degli organi delle persone giuridiche private*, RTPC, 1953, 938 ss.; e vedasi anche M. MAZZIOTTI DI CELSO (Recensione de *Gli enti*, RTDP, 1953, 152-159).

Di quanto sostenuto dal sottoscritto ne *Gli enti* a proposito della persona giuridica si occupò all'epoca, e da par suo, anche il CARNELUTTI, già generosissimo recensore (*RDPr*, I, 1951, 376-377) di un lavoro sull'organizzazione internazionale (*Rapporti contrattuali fra Stati ed organizzazione internazionale*, AFS, 1950) legato a filo doppio con la nozione della persona internazionale dello Stato di cui al presente lavoro: – nozione con la quale il Carnelutti sostanzialmente concordava (pur non rilevando, ovvero dissentendo, dalla distinzione dall'autore sostenuta riguardo allo Stato del diritto interno). Quanto alla nozione di persona giuridica di cui qui sopra nel testo, nel recensire due anni dopo *Gli enti* (*RDPr*, I, 1953, 76), lo stesso Carnelutti (generalmente orientato nel senso delle c.d «teorie della realtà», e poco avvertito o persuaso della distinzione dello Stato del diritto internazionale dallo Stato del diritto interno), pur rimproverando al recensito di non avere esteso alla persona giuridica in generale (e allo Stato del diritto interno in particolare) la concezione meramente fattuale avanzata nel libro per lo Stato del diritto internazionale, e pur suggerendo che «una ri-

ti⁹. Vale tuttavia la pena di ribadire che conferme assai consistenti emergono ancora dall'esame del problema della cosiddetta attività e volontà delle persone giuridiche. La nozione degli enti morali come

flessione più matura gli dovrebbe far mutare opinione ... sulla concezione della persona giuridica come centro [giuridico] d'imputazione di rapporti», ammetteva che l'autore «difende[va] bensì [quella concezione] con qualche argomento ingegnoso (cfr. 55 [de *Gli enti*])». L'argomento dal Carnelutti giudicato «ingegnoso» – ma invero, piuttosto solido – era proprio quello svolto nella pagina de *Gli enti* indicata dal Carnelutti. In quella pagina e in quelle seguenti si concludeva che «non è detto che il fatto che il diritto svolga [una certa azione normativa] sulla realtà [sociale] si risolva puramente e semplicemente, come le dottrine realistiche e organiche ritengono, nell'“imprimere” alla realtà stessa una certa forma. Perché se questa forma è impressa alla realtà sociale 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 [ossia, aggiungo, il c.d. “sostrato”] e porta a identificarlo piuttosto con l'ente quale dev'essere secondo diritto». Tale concetto è del resto ulteriormente sviluppato, ne *Gli enti*, cit., in altri punti, e specie 111 ss. (spec. 112), ove si sottolinea la natura giuridica della organizzazione della persona dello Stato nel diritto interno; nonché in ogni altra parte di detto lavoro ove si discute della c.d. partecipazione delle persone giuridiche (e dello Stato del diritto interno) alla realizzazione di fattispecie giuridiche soggettive.

⁹ *Gli enti*, cit., 45 ss.

Nella letteratura inglese, caratterizzata da una più diretta aderenza alla realtà, una celebre definizione della persona giuridica (con particolare riguardo alla *corporation*) è quella pronunciata dal Chief Justice degli Stati Uniti Marshall in due importanti casi. Secondo la citazione riportata dal Blumberg: «A corporation in *an artificial being, invisible, intangible, and existing only in contemplation of law. Being the mere creature of law, it possesses only those properties which the charter of its creation confers upon it, either expressly, or as incidental to its very existence*» (Ph. L. Blumberg, *The Multinational Challenge to Corporation Law, The Search for a New Corporate Personality*, Oxford Univ. Press, 1993, p. 26, corsivi aggiunti). Blumberg trae la definizione del Marshall dal caso *Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, 1819, da lui citato. Egli cita inoltre il caso *Bank of United States v. Deveaux* (1809). Il Blumberg nota (loc. cit.) che sebbene tale definizione provenisse in gran parte dai giuristi inglesi, il termine «artificial» era proprio del giudice Marshall.

Benché lo stesso Blumberg giustamente sottolinei nelle pagine seguenti i contributi venuti al concetto giuridico di *corporation* da varie altre teorie, fra le quali annovera anche dottrine vicine a quelle note in Italia come teorie della c.d. «realtà», e persino la teoria organica del Gierke, lo studio dei riferimenti del Blumberg ci conforta nell'opinione che gli apporti più attendibili siano quelli della teoria della finzione (di Savigny), nonché la teoria del *Beziehungspunkt* e quella della «parentesi», tutte, ad avviso nostro,

centri giuridici di soggettività trova conferma e applicazione nel modo in cui essi partecipano – per modo di dire – al commercio giuridico. L'osservazione di questo fenomeno porta a constatare che pur godendo, nel senso che si è visto, della titolarità formale di situazioni giuridiche soggettive – sia pure nel senso strumentale spiegato più avanti – le persone giuridiche non sono centri di volontà e azione giuridica soggettiva distinti dagli agenti: ossia non realizzano direttamente in nessun caso fattispecie giuridiche soggettive¹⁰.

Accostandosi più o meno decisamente alle teorie organiche degli enti morali, la dottrina dominante almeno in Italia imposta non di rado il problema della cosiddetta volontà e attività delle persone giuridiche come la questione di sapere se queste siano munite degli elementi materiali necessari per la realizzazione di fattispecie giuridiche soggettive: e cioè, trattandosi comunque di enti diversi dalle persone fisiche, di una volontà collettiva, di gruppi dirigenti o dominanti, d'individui preposti ai vari uffici e via dicendo. Senonché, allo stesso modo come il problema dell'essenza dell'ente morale sta non già nella questione di sapere se un ente fattuale (idoneo magari a esprimere volontà e azioni) sia effettivamente sottostante, bensì se tale ente (posto che ve ne sia uno solo) costituisca *il* centro di soggettività giuridica, si tratta a questo punto di sapere non già se effettivamente esistono mezzi fattuali di volontà o azione (quale, per es., una entità in grado di esprimere in fatto una volontà «collettiva»), bensì se per l'ordinamento giuridico nell'ambito del quale la persona giuridica è tale, la presenza di mezzi fattuali del genere sia condizione necessaria e sufficiente perché la persona giuridica partecipi, loro tramite, alla realizzazione di fattispecie giuridiche soggettive. E la risposta al quesito non può essere che negativa se si tiene conto dell'atteggiamento

sostanzialmente conformi alla nozione dell'ente morale come «*mere creature of the law*» ben sottolineata dal Marshall. Degno di nota, nella definizione di questi, è anche il riferimento a *the law* come fonte della *corporation*: precisazione che precorre, correggendola, la tendenza di una parte notevole della letteratura ad attribuire la creazione delle persone giuridiche allo Stato anziché, più propriamente, al diritto.

¹⁰ Non sono – per usare l'espressione efficace (benché inappropriata alla sua tesi) di un autore di opinione contraria – «fonti di produzione» o di realizzazione di «fattispecie soggettive» (FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, 171).

del diritto nei confronti di quei pretesi mezzi fattuali. In primo luogo, non solo è possibile, come si accennava, che una persona giuridica nasca in assenza (temporanea) di una entità fattuale (corporea o ideale) corrispondente, ma anche quando una tale entità sia presente, non è detto che essa sia sempre dotata di un qualche elemento (quale, per esempio, un insieme più o meno coeso di esseri umani) fattualmente idoneo a volere o agire. E resta comunque fermo che ai fini del riferimento all'ente degli effetti giuridici degli atti di dati individui, quello che conta è non già la condizione fattuale di agenti in cui tali individui si trovino, bensì il rapporto formale, ossia giuridico, che li lega all'ente morale¹¹. Si aggiunga (punto non meno essenziale) che gl'individui agenti sono soggetti di diritto prima e a titolo prioritario rispetto all'ente morale, e l'attività da loro svolta per conto di questo è di per sé giuridicamente rilevante almeno per le norme stesse di organizzazione dell'ente. Ciò indica che ci si trovi in presenza di un fenomeno di riferimento all'ente di conseguenze giuridiche di atti di volontà o di azioni altrui piuttosto che propri dell'ente morale. Fenomeno accostabile alla rappresentanza – con le differenze che vedremo – piuttosto che alla pretesa organicità (ossia fattualità) del rapporto degli agenti con l'ente morale.

Sono pertanto da respingere non solo le teorie organiche classiche ma anche le diverse costruzioni che, ricorrendo, vuoi al falso concetto di «imputazione giuridica» all'ente morale dell'attività o volontà degli agenti – artificio che caratterizza per l'appunto la stessa teoria della rappresentanza¹² – vuoi alle varie teorie dell'ufficio, vuoi infine alla

¹¹ Tutto ciò non esclude, come si vedrà a proposito della persona internazionale dello Stato, che una realtà fattuale del genere di quella cui si allude nel testo, vale a dire una organizzazione di persone e/o mezzi idonea a tenere univoci comportamenti (ad esprimere cioè azioni, omissioni e/o volontà) possa esistere nell'ambito di una data società; e nulla impedisce che quella società sia dotata di un sistema normativo il quale assuma quei comportamenti come comportamenti di soggetti. Si tratterebbe però, come si dirà a suo luogo, di un fenomeno diverso da quello del quale si parla ora nel testo. Si pensi per l'appunto – benché non soltanto (*infra*, nt. 63 e rinvio *ivi*) – alle persone internazionali degli Stati e agli altri enti collettivi dotati di personalità nel diritto internazionale.

¹² Vedasi il seguito del testo e *Gli enti*, cit., 144 ss., spec. 164-170, ove si discute l'analogia della partecipazione delle persone giuridiche al commercio giuridico con la rappresentanza, e si rilevano le differenze.

teoria dell'organizzazione della persona giuridica come «fatto storico», tentano di far salva la concezione organica degli enti morali e della loro partecipazione diretta al commercio giuridico. Per la critica delle varie teorie dell'ufficio – da quella dell'Esposito a quella di Baladore Pallieri – rinvio al già citato lavoro¹³. A quello stesso lavoro rimando per la discussione della teoria dell'organizzazione delle persone giuridiche (e dello Stato del diritto interno) come «fatto storico»¹⁴. Lo stesso dicasi riguardo alla teoria della «imputazione giuridica» di fatti, sulla quale si fondano generalmente le costruzioni volte a giustificare l'asserzione che le persone giuridiche siano capaci di porre direttamente in essere fattispecie giuridiche soggettive; è del resto quella stessa teoria che inficia negativamente, come si spiega più avanti, la costruzione della attività e volontà dello Stato nel senso del diritto internazionale e dei soggetti di diritto internazionale diversi dagli Stati¹⁵.

In conclusione, il rapporto della persona giuridica con i suoi agenti è non già un rapporto organico, ovverosia fattuale, bensì un rapporto giuridico – accostabile alla rappresentanza¹⁶. Una volta dimostrato,

¹³ *Gli enti*, cit., 145 ss.

¹⁴ *Gli enti*, cit., 160-164.

¹⁵ *Gli enti*, cit., 128 ss., spec. 131-134. Elemento ulteriore di confusione è la costruzione che la dottrina è venuta tradizionalmente configurando – anche qui non senza qualche ragione – riguardo ai vari fenomeni di interposizione di persona nel campo dell'illecito civile: responsabilità del genitore per il fatto del figlio, del tutore per il fatto del pupillo coabitante, del committente, ecc. In tali casi sembra innegabile che la fattispecie alla quale è subordinato il sorgere d'una situazione giuridica onerosa a carico del soggetto «principale» è costituita da qualcosa di più del mero fatto dell'agente. Ma si rinvia, su questo punto qui marginale, a *Gli enti*, cit., 125-127. L'uso della terminologia in parola non porta certo un chiarimento nella distinzione fra i casi in cui un soggetto subisce le conseguenze del fatto proprio (o se ne avvantaggia) e i casi in cui il diritto gli attribuisce le conseguenze di un fatto altrui.

¹⁶ Le dottrine organicistiche asseriscono, come è noto, che l'individuo agente non si presenta come soggetto allorché agisca per conto dell'ente, e, a differenza del rappresentante, potrebb'essere un incapace o addirittura privo della soggettività. È facile mostrare, come questa affermazione sia frutto d'un vero e proprio capovolgimento della realtà. Lo statuto della persona giuridica, il quale è senza dubbio parte dell'ordinamento nazionale ovvero, se si tratta dello Stato stesso, la sua parte principale, conferisce all'agente funzioni e competenze nei confronti dei soci e degli altri agenti. E l'attribuzione di funzioni e competenze è un potenziamento, anziché una diminutio

del resto, che la persona giuridica si identifica non già con il cosiddetto sostrato, bensì con una entità meramente giuridica – una volta associato cioè che la persona giuridica è «*fatta di diritto*» – sembra inevitabile escludere che la persona giuridica sia in grado di partecipare direttamente alla realizzazione di fattispecie giuridiche soggettive. Ciò conferma che ci si trova di fronte a un fenomeno assimilabile alla interposizione giuridica, e non già a un'interposizione materiale, di persona¹⁷. Sono attribuiti all'ente non già gli atti stessi, bensì gli effetti degli atti degli agenti. La funzione degli agenti delle persone giuridiche va dunque accostata non già a quella dell'organo o del nuncius, bensì – *mutatis mutandis* – alla funzione del rappresentante¹⁸.

della capacità del soggetto. L'individuo agente partecipa alla vita giuridica più attivamente del socio, così come il socio d'una corporazione partecipa più intensamente alla vita giuridica che non un estraneo. L'asserzione, poi, che l'individuo agente potrebbe essere incapace o anche non soggetto è frutto di due grossi equivoci che solamente l'idea che si debbano configurare a ogni costo volontà e attività delle persone giuridiche può tenere in piedi. Il primo è determinato dalla estensione all'intera organizzazione dell'ente di un rilievo che vale solo per una (eventuale) sua parte. Il secondo è determinato dall'impropria nozione di capacità (*Gli enti*, cit., 142-145). 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 trattasi di un re assoluto il quale è minore, pazzo o altrimenti infermo di mente ma dà ordini ed emana decreti – e riesce a ottenerne l'osservanza – sarà un disastro, ma si dovrà dire che giuridicamente è ... più capace degli altri consociati.

¹⁷ *Gli enti*, cit., 164-170.

¹⁸ L'atto dell'agente può apparire a prima vista assorbito in un apparato più o meno complesso e quindi privo in sé di valore giuridico. Senonché, a parte il fatto che si danno casi nei quali l'apparato è altrettanto semplice quanto quello della rappresentanza (persona giuridica a ufficio unico individuale), il meccanismo messo in moto dai vari atti è *giuridico*. I singoli atti degli individui agenti – ad eccezione dell'attività meramente materiale di ausiliari come il nuncius – assumono ciascuno una propria soggettiva rilevanza malgrado il fatto che certi effetti non si verifichino se non in seguito al compimento di una serie più o meno complessa di atti ulteriori. È questo il noto fenomeno del «procedimento» o della fattispecie continuativa o complessa: il quale non implica necessariamente un rapporto organico fra tutte le persone partecipanti alla realizzazione delle sue varie fasi. È tanto vero che il rapporto organico non entra necessariamente in gioco – e la fattispecie complessa si risolve in atti giuridici di persone fisiche – che le stesse dottrine organicistiche ammettono in sostanza

6. *Natura strumentale della soggettività della p. g.*

Assodata la natura giuridica degli enti morali, è appena necessario precisare la funzione che la persona giuridica svolge nell'ambito dell'ordinamento nel quale esiste e, nel senso spiegato, opera. A integrazione di quanto detto sin qui a proposito della natura giuridicamente artificiale dell'ente morale, nonché a proposito del suo sostrato fattuale e dell'azione normativa svolta al riguardo dallo statuto dell'ente, si tratta ora di precisare la peculiare natura della soggettività giuridica che all'ente morale compete.

A differenza delle situazioni giuridiche soggettive delle persone naturali, che sono di natura finale, nel senso che entrano direttamente nel patrimonio giuridico della persona e ivi, per così dire, mettono capo, le situazioni soggettive facenti formalmente capo alla persona giuridica sono invece strumentali, nel senso che malgrado la loro destinazione giuridica nel patrimonio dell'ente morale non... finiscono lì giacché si risolvono, tramite lo statuto, in situazioni giuridiche soggettive – naturalmente diverse – di persone fisiche. Anche questo

che il «procedimento» o la fattispecie complessa si scinda 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 per i singoli componenti degli organi collegiali (*Gli enti*, cit., 142-145). Ma vedasi A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, 1 ss.

Il MIELE, *Principi di diritto amministrativo*², Padova, 1953, 95-97, considera «strumentale» la soggettività dei funzionari (titolarità di poteri e facoltà) e «materiale» quella dell'ente morale (titolarità dei diritti e degli obblighi derivanti dall'esercizio dei poteri e delle facoltà individuali). A parte il diverso senso in cui l'A. impiega i due aggettivi (seguendo il CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, I, 25 ss.), intendendo per strumentali le situazioni giuridiche abilitanti, quali i poteri e le facoltà, e materiali le situazioni finali (*Principi*, cit., I, 85-87) – distinzione che non tocca direttamente il problema in discorso –, la tesi che qui si difende 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, come soggetti, in modo giuridicamente rilevante mentre non vi sono atti giuridici dell'ente morale. Vi è solamente una questione da porre su quest'ultimo punto. Se è vero che i titolari dei pubblici poteri sono i funzionari e che l'ente agisce solamente nel senso che ad esso fanno capo situazioni determinate dall'attività giuridica soggettivamente rilevante di costoro, dove sta l'ente fattuale o «reale» con il quale la persona giuridica s'identificherebbe?

aspetto della nostra posizione è fatto proprio dal Minervini nello scritto sopra ricordato¹⁹.

In conclusione, le persone giuridiche – quelle private come quelle pubbliche – non sono parte, a differenza delle persone fisiche, della base sociale dell'ordinamento. Anziché entità date, come le persone fisiche, esse sono create e organizzate dal diritto in funzione del perseguimento di fini privati o pubblici di persone fisiche.

¹⁹ Per dirla con le parole usate da MINERVINI, *op. cit.*, 942 (riprendendo da *Gli enti*, cit., 90 ss.), «La delineata natura dell'ente (del substrato) è influente anche al fine di qualificare, da un punto di vista peraltro esclusivamente funzionale, la soggettività che alla persona giuridica compete. Lo statuto, invero, è “la condizione ed il mezzo per il quale le situazioni giuridiche facenti capo all'ente [*rectius*: soggetto persona-giuridica] vengono a far capo – attraverso un meccanismo di trasformazioni e distribuzioni – ai membri”. Alla persona giuridica, quindi, è conferita bensì dall'ordinamento una reale soggettività: ma trattasi di una soggettività *strumentale*, nel senso che “vi sono delle qualificazioni giuridiche che investono l'ente giuridico [*rectius*: il soggetto persona giuridica] di diritti e doveri, che attraverso il meccanismo dello statuto si trasformeranno in situazioni giuridiche individuali *diverse* da quei diritti e doveri e non coincidenti con quote delle situazioni facenti capo all'ente [*rectius*: al soggetto persona giuridica]”. “La qualifica della strumentalità” – continua il Minervini (stessa pagina) – non scalfisce la realtà della soggettività spettante alla persona giuridica: anzi, è lo stesso conseguimento dei risultati finali individuali a presupporre il riferimento di date situazioni giuridiche soggettive alla persona giuridica (ARANGIO-RUIZ, *Gli enti*, cit., 90 ss. E anche 14, 46, 88, 260, 374 s. Già nello stesso senso, almeno in parte, CASTIGLIONE-HUMANI, *op. cit.*, 59 ss. In senso affatto diverso parla invece di personalità strumentale MIELE)».

Nella successiva nt. 18, nella pagina seguente, precisava il Minervini: «Riconoscono esattamente la strumentalità della soggettività di date persone giuridiche (società), ma da ciò sono indotti (a torto a nostro parere) a misconoscerne, per lo meno in parte, la realtà: ASCARELLI, *Principi e problemi delle società anonime*, in *Studi in tema di società*, Milano, 1952, 13 s., 29, 46 s., 48 nt. 96 *ter*, 50 nt. 100; ID., *Interesse sociale e interesse comune nel voto*, *ibid.*, 157; ID., *Problemi in tema di titoli obbligazionari*, *ibid.*, 365 ss. (su cui già nostre osservazioni in *La fattispecie estintiva delle società per azioni e il problema delle cc.dd. sopravvenienze*, *Riv. Trim.*, 1952, 1022 s.); ID., *Personalità giuridica e società tra società*, *BBTC*, 1952, I, 402 ss.; DURAND, *L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, in *Le droit privé français au milieu du XX siècle. Études offertes à G. Ripert*, Paris, 1950, 155 ss.; e vedasi anche ROSSET, *A propos de la formation de la volonté de la société anonyme*, in *Mélanges Sauser-Hall*, Neuchâtel, 1952, 179 ss. e AURITI, *La società commerciale non è capace di diritti di proprietà*, *DF*, 1953, II, 13 ss. La strumentalità non può dirsi caratteristica esclusiva della soggettività delle persone giuridiche-società; vedasi, ad es., per la fondazione, ARANGIO-RUIZ, *Gli enti*, cit., 92 s.».



III

LO STATO NEL DIRITTO INTERNO COME PERSONA GIURIDICA

SOMMARIO: 7. *Giuridicità della persona dello Stato nel diritto interno.* – 8. *Nel diritto divino e nel diritto naturale.* – 9. *Nel diritto positivo.* – 10. *Il rapporto fra diritto e Stato secondo Santi Romano e secondo Hans Kelsen. Brevi considerazioni comparative.*

7. *Giuridicità della persona dello Stato nel diritto interno.*

La nozione delle persone giuridiche come entità giuridiche (in tal senso artificiali) vale per la persona giuridica dello Stato non meno che per gli enti morali privati o pubblici inferiori. Senonché, quando da questi si passa alla persona giuridica dello Stato – anch'essa, beninteso, fenomeno di organizzazione giuridica prima (o ad un tempo) che di soggettività –, il problema si presenta in termini sensibilmente diversi²⁰. Il dato rappresentato dalla qualificazione giuridica della

²⁰ La nozione dello Stato come ente giuridico presenta infatti notoriamente difficoltà che spiegano il maggior favore incontrato dalle dottrine c.d. «della realtà» nel campo del diritto pubblico. È un fatto noto, osserva FERRARA, *Teoria*, cit., 1923, 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». In senso analogo ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, «Organi», Milano, rist. 1983, 145-171, spec. 148 s., il quale rileva ancora che le teorie organicistiche (da lui condivise) si ispirerebbero, tra l'altro, alla «sconvenienza» di «rappresentare lo Stato, l'ente so-



«realtà sottostante» non si può qui agevolmente trovare, come nel caso delle persone giuridiche inferiori, in un distinto sovrastante ordinamento, quale potrebbe essere, per un dato Stato, l'ordinamento di una federazione di cui esso fosse parte. Ci si trova invece nell'ambito del medesimo ordinamento entro il quale lo Stato esiste come ente morale²¹. La difficoltà principale sta nel fatto che da quando il positivismo giuridico ha preso il sopravvento sul giusnaturalismo l'origine del diritto viene più correttamente posta in un quid coincidente più o meno esattamente con la stessa realtà sociale sottostante alla persona morale dello Stato. Sembrerebbe così a prima vista inevitabile identificare il centro di soggettività con l'organizzazione storica o con la società stessa²² – come in certi passaggi sembra prospettare persino un giurista del calibro di Santi Romano.

È possibile tuttavia rintracciare nella migliore dottrina contemporanea elementi sufficienti per dimostrare che anche la persona e l'organizzazione dello Stato costituiscono, *mutatis mutandis*, entità giuridiche; e che le concezioni «realistiche» e «organicistiche» degli enti morali non sono accettabili per la persona giuridica dello Stato più di quanto non lo siano per le persone giuridiche inferiori. Ci si riferisce per ora, beninteso, solo alla persona giuridica dello Stato nel diritto interno. Quelle concezioni, a ben guardare, sono soltanto un residuo di dottrine statalistiche del diritto che hanno fatto il loro tempo. Nostro obiettivo essendo lo Stato del diritto internazionale (v., *infra*, sez. IV) debbono bastare qui pochi cenni.

8. *Nel diritto divino e nel diritto naturale.*

Per le dottrine del diritto divino e del diritto naturale, le quali almeno formalmente collocavano il fondamento del diritto al di fuori

vrano, il soggetto superiore ad ogni altro, come una persona incapace, un minore o un ammalato di mente».

²¹ Su tale difficoltà – ma in termini di «legittimazione» dell'ordinamento originario – vedasi S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale*, AFS, 1901, LXVIII, 25.

²² È questa la ragione degli equivoci ai quali può dar luogo una concezione impropria del metodo «realistico» nel diritto pubblico.

dell'ambiente sociale, il problema dello Stato (come quello delle aggregazioni umane di ogni altra specie) non doveva presentare difficoltà teoriche insormontabili. Quelle dottrine potevano concepire e in fatto concepivano lo Stato – quando non lo identificavano con il monarca – come un'organizzazione legittimata dall'ordine divino o naturale. 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 un ordinamento statale legittima gli organi di un comune o l'atto privato costitutivo di una associazione²³.

La ragione per cui il problema si è posto in modo più arduo alla dottrina posteriore risiede nel fatto che da un canto è venuta meno l'istanza suprema costituita dal diritto divino o naturale, e dall'altro canto si è collocata nello Stato stesso anziché nella società l'origine del diritto. Ne è conseguito che si sia incominciato a vedere il diritto come un *posterius* rispetto alla formazione dell'organizzazione statale, e l'instaurarsi di questa (come le sue vicende) ne sia stata collocata, in linea di principio, al di fuori. Di qui la costruzione della cosiddetta «persona reale» dello Stato al posto della persona fisica del sovrano²⁴: concetto – quello di persona reale – che a un certo punto viene

²³ Non doveva dunque essere difficile, per quelle dottrine, spiegare almeno in teoria la formazione e la dissoluzione materiale dello Stato in quanto realizzazione della condizione giuridica (*fattispecie*) della legittimazione o della cessazione dell'ordinamento. E non è escluso che un esame di tali 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, per le dottrine in parola, 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 («effettivi», diciamo 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 teoricamente difficile, in particolare, trovare la legittimazione o la condanna di ogni 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. Mi rifaccio, sul punto, a H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), 1946, cit., 11; e a MORTATI, *La Costituente*, Roma, 1945, 36 ss.

²⁴ Rappresentanti decisi di tale tendenza sono stati, in Italia, il D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910, spec. 35; e ID., *La persona reale dello Stato*, *RDPu*, 1921, 1-22; nonché il BONUCCI, *Ordinamento giuridico e Stato*,

indifferentemente utilizzato per la persona interna come per la persona internazionale dello Stato (v., *infra*, sez. VI e VII, parr. 19 s., 23 e 24). Questo modo di vedere, al quale si contrapponevano sia la sostanza sociologica di una parte delle stesse dottrine generalmente qualificate come giusnaturalistiche sia la concezione della scuola storica del diritto²⁵, non ha avuto però lunga vita (anche se ne perdura tuttora la conseguenza principale nella nozione dominante dello Stato come «persona reale»).

Al binomio Stato-diritto s'è sostituito dunque il binomio società-diritto. E tale spostamento apre appunto la via alla identificazione dello Stato – e della persona giuridica dello Stato – con una entità giuridica, ossia con l'ordinamento. Non rilevano le innumerevoli variazioni che la grande famiglia delle teorie del diritto come fenomeno sociale (e in tal senso non necessariamente «statale» benché in notevole parte promanante dallo Stato) presenta su vari problemi fondamentali²⁶. Né importa, ai fini presenti – benché importi molto ad altri fini – che si concepisca il sistema giuridico come composto di «norme», «imperativi», «comandi», «regole», «canoni di valutazione», «valutazioni» o «giudizi» e via dicendo²⁷. Interessa un dato che può considerarsi acquisito alla scienza giuridica grazie allo sviluppo molto sommariamente evocato. Dato essenziale è l'essere il diritto fenomeno di derivazione sociale non 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 in Stato; e nemmeno, dunque, nel senso che lo Stato costituisca un prius rispetto al diritto²⁸. Il presente autore non condivide

Contributo alla teoria della definizione, *ivi*, 1920, I, 97 ss. Su posizioni essenzialmente statualistiche si mantiene anche il CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Parigi, 1922, I, 62. Come è noto, uno dei maggiori sostenitori dell'origine statualistica del diritto è l'AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, London, 1899 (1832), ed. Campbell, Londra, 1899, 6 ss.

²⁵ Su tale sviluppo, si rinvia a *Gli enti*, cit., 100-109.

²⁶ *Gli enti*, cit., 102-109 e note 126-128.

²⁷ *Gli enti*, cit., 103-104.

²⁸ Il merito della chiarificazione di questi punti spetta in grandissima parte, per l'Italia, a S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*², Firenze, rist., 1951, spec. 3 ss. e 86 ss., nonché nelle altre sue opere qui citate.

pertanto l'opinione di quanti ritengono che lo stabilirsi di una struttura governativa di un aggregato umano – e in tale senso la nascita dello Stato – sia da considerare come fenomeno pre- o meta-giuridico (sicché non si darebbe diritto, all'interno di una società, sino a quando questa non fosse organizzata in Stato). Al contrario, l'organizzazione dello Stato prende forma non già nell'ambito di un aggregato di esseri umani senza legge bensì nell'ambito di una comunità giuridica. Anziché un posterior dello Stato, il diritto della comunità precede in larga misura l'organizzazione statale. La formazione delle fondamentali regole «secondarie» (nel senso dato a tale parola da Hart) è concomitante con l'organizzazione²⁹.

9. *Nel diritto positivo.*

Viene così eliminato il circolo vizioso delle dottrine statalistiche 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, dalle dottrine statalistiche stesse, nel senso obbligato che s'è detto. Da un lato cade così la necessità di identificare la persona giuridica dello Stato con una realtà fattuale (corporea o ideale), dalla quale il diritto scaturisca. Dall'altro lato, una volta collocata nella società in senso largo l'origine del diritto, si apre la via all'ammissione del condizionamento giuridico dell'intera organizzazione statale. L'idea, poi, che l'organizzazione stessa di una società in Stato implichi un fenomeno di produzione giuridica a carattere originario risolve in modo convin-

²⁹ Pur non condividendo la tesi di Santi Romano secondo la quale l'organizzazione fattuale della società sarebbe parte anch'essa dell'ordinamento giuridico, ritengo che quell'illustre Maestro sia essenzialmente nel giusto là dove mette in luce tale concomitanza. Mi riferisco a S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., spec. 46; e *L'ordre juridique*, Parigi, 1975, 34 ss. Si mantiene qui la posizione adottata nel 1951 in *Gli enti*, cit., 98 ss., spec. 100-109. Ulteriori sviluppi in *L'Etat dans le sens du droit de gens et la notion du droit international*, in *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1975, 3-63 e 265-406, *passim*. La concomitanza in parola è spiegata da Romano con il *mot célèbre* «l'affirmation que la poule naît de l'oeuf, ne contredit pas celle que l'oeuf naît de la poule» (nt. 1, 34-35 del citato *Ordre juridique*, nonché nt. 33 bis, 47-48 dell'edizione italiana del 1951).

cente il problema della qualificazione giuridica dell'organizzazione statale³⁰. Mentre infatti avvalorava il dato precedente, quell'idea implica per l'appunto – se rettamente intesa – l'identificazione dello Stato con il «dover essere» giuridico relativo all'organizzazione dei poteri o delle funzioni fondamentali in seno alla società, e in definitiva con il contenuto dell'intero ordinamento (Stato in senso lato).

Se è 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 – conforme forse alla lettera dell'*Ordinamento giuridico* del Romano e della maggior parte delle descrizioni della teoria di quel Maestro – che il diritto sia la stessa cosa che la società o la stessa cosa che l'organizzazione, struttura o sovrastruttura della quale la società si presenta rivestita in un dato momento storico³¹.

³⁰ Una volta scartato l'apriorismo statualistico, la dottrina dell'istituzione tende infatti, come è noto, a superare soprattutto la difficoltà derivante dall'impossibilità di spiegare sul piano volontaristico o contrattualistico l'organizzazione della società e la sua costituzione materiale o formale. Lo avverte il DESQUEYRAT, *L'institution, le droit objectif et la technique positive*, Parigi, 1933, 7, 8-9. Il punto è svolto dal ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit. (rist. della 2ª ed.), spec. par. 16, spec. 50 e 59-60.

³¹ È questo il punto che anche noi sommamente troviamo debole della teoria del Romano com'è formulata nell'*Ordinamento giuridico*: punto che l'A. si rifiuta di chiarire nella 2ª ed. della fondamentale sua opera. Sostanzialmente in tal senso si pronunciano: DEL VECCHIO, *Moderne concezioni del diritto*, RIF, 1921, 198 ss.; BONUCCI, *op. cit.*, 4; BOBBIO, *Istituzione e diritto sociale*, RIF, 1936, 35 ss. dell'estr.; CAPOGRASSI, *Note sulla molteplicità degli ordinamenti*, RIF, 1939, 9 ss., spec. 13-14; ZICCARDI, *La costituzione dell'ordinamento internazionale*, Milano, 1943, 72. Tende invece a ribadire le concezioni del Romano, il GIULIANO (*La comunità internazionale e il diritto*, Padova, 1950), l'ispirazione del quale all'*Ordinamento giuridico* è particolarmente esplicita nelle *Considerazioni sulla costruzione dell'ordinamento internazionale*, Milano, 1946, spec. 182 s., 187.

Quanto sopra sostenuto nel testo va inteso nel senso – e qui soccorre il concetto del diritto come fenomeno normativo vigorosamente sostenuto dal Kelsen – che il fatto dell'organizzazione, in quanto attuazione della volontà dei gruppi o individui dominanti o dei consociati, si presenta al tempo stesso come la produzione e l'attuazione di norme o principi normativi che l'osservatore desume dalla struttura di quell'organizzazione. L'identificazione del diritto con l'«essere» della struttura sociale anziché con il dover essere da essa implicato o espresso significherebbe la negazione del diritto e la legittimazione ipso facto, in ogni momento successivo, di qualunque mu-

Una volta inteso in tal senso l'aspetto «normativo» dell'organizzazione sociale, il soggetto o l'organizzazione «Stato» non è identificabile con l'ente corporeo dato corrispondente all'organizzazione o al governo effettivo della società di cui trattasi³². La persona giuridica dello Stato e la sua organizzazione coincidono per il diritto con un dover essere, e hanno pertanto una identità giuridica. Quale che sia dunque l'interesse che esso presenta in sé e per sé dal punto di vista storico-sociologico – nonché dal punto di vista del diritto internazionale (v., *infra*, sez. IV) – l'ente reale appare, dal punto di vista giuridico, come l'insieme dei fatti storici in seno ai quali si è prodotto e continua a prodursi il fenomeno dell'organizzazione giuridica, oppure come l'attuazione di tale organizzazione. Se la «realtà sottostante» alla persona morale dello Stato è giuridicamente qualificata e in tal senso condizionata – e lo stesso vale per l'organizzazione dei singoli pubblici poteri laddove non si dia personificazione – è inconcepibile che non valga anche in questo caso, riguardo al rapporto fra qualifi-

tamento della struttura sociale non conforme all'organizzazione originariamente costituitasi e ai dover essere da essa implicati o espressi. Svolgimenti ne *Gli enti*, cit., 110.

³² Il superamento della dottrina statalistica sta infatti nel riconoscere che vi è normazione anche là dove questa non sia espressa in leggi e codici, ma si manifesti nel corpo sociale allo stato intuitivo, informale o spontaneo; non già nel dire che il diritto sia il corpo sociale o che il corpo sociale sia parte dell'ordinamento.

La tesi di S. Romano, secondo la quale l'organizzazione effettiva dello Stato è anch'essa diritto, sarebbe conciliabile con la concezione del diritto come norma o sistema di norme soltanto se la si intendesse nel senso che il costituirsi e l'evolversi dell'organizzazione operano (come a certe condizioni operano) quali «fatti normativi», creando o modificando le norme corrispondenti. Così intesa, l'affermazione del Maestro si opporrebbe soltanto all'asserzione delle dottrine statalistiche che il diritto è norma posta dallo Stato (vedasi spec. BONUCCI, *op. cit.*, 115 ss.). Il Romano conferma tuttavia l'opposizione della sua teoria proprio al concetto del diritto come «normazione» nella ricordata 2^a ed. della sua opera, *ivi*, 35 in nt. (con un riferimento al MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*⁶, Padova, 1943, I, n. 10). Nello stesso ordine d'idee si colloca il BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale (Lo Stato democratico moderno)*, Napoli, 1949, 38-39, 41, laddove 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*» (*ivi*, 39). Si ricorda che dopo aver evocato il rapporto «uovo-gallina» (nt. 29 *supra*), Romano osserva trattarsi di «deux aspects du même phénomène». Qui sta la difficoltà, ci sembra, della teoria dell'istituzione.

cazione giuridica e realtà, quanto più agevolmente si è rilevato sopra per le persone giuridiche inferiori³³.

A tali conclusioni porta, sia chiaro, non già un metodo formalistico, bensì proprio il realismo giuridico. «Realismo» nel diritto, e nel diritto pubblico in specie, significa percezione dell'origine, del fondamento e della funzione storico-sociale del diritto positivo in contrapposizione al giusnaturalismo, all'astrattismo e al trascendentalismo giuridico. Non significa invece e non può significare commistione e confusione del diritto con il fatto storico-sociale grezzo o indifferenziato³⁴. I «realisti» che intendono lo Stato come «un prodotto naturale e spontaneo della socievolezza umana, tenuto assieme dalla cementatrice forza del diritto»³⁵ parlano evidentemente dello Stato nel primo senso, cioè dello Stato in senso storico³⁶. Su un tale approccio non si trova nulla da ridire purché sia chiaro che si sta così enunciando la

³³ Se si considera l'organizzazione effettiva dello Stato nei vari rapporti in cui essa può trovarsi rispetto all'organizzazione prescritta dalla Costituzione in senso formale o materiale, si può ripetere alla lettera quanto già 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 costituisce l'attuazione perfetta della costituzione. Ma basterebbe che questa coincidenza venisse meno in qualsiasi misura perché la possibilità di assumere a soggetto l'organizzazione effettiva venisse meno nella stessa, precisa misura in cui viene meno la coincidenza. E ciò indica, come s'è visto, che anche là dove la coincidenza sussiste è la qualificazione giuridica che primeggia, vedasi ancora *Gli enti*, cit., 112-118 e le relative note 134 ss.; nonché il discorso sul Carnelutti in nt. 8 *supra*.

³⁴ Il punto è a volte male inteso a causa dell'uso della parola «formale» al posto di «normativo» e la conseguente confusione, da parte dei c.d. «realisti», fra concezione normativa e concezione formalistica del diritto. L'ambiguità scompare quando s'intendano le parole «forma» e «formale» per quello che i giuristi vogliono generalmente significare quando le adoperano. In tal senso vari passi del ROMANO, «Realtà giuridica», in *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., 204 ss., e il passo del MICELI, *La realtà della persona dello Stato*, RIF, 1922, 221, riportato ne *Gli enti*, cit., 113 s., nt. 137.

³⁵ Così BISCARETTI di RUFFIA, *op. cit.*, 44.

³⁶ È la stessa idea che sopra abbiamo visto esprimere dai civilisti quando presentano l'ente persona giuridica come realtà sociale + diritto, oppure 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 fattuale delle norme.

nozione sociologica dello Stato e non già quella dello Stato persona o organizzazione giuridica³⁷.

Resta dunque fermo che la persona giuridica dello Stato e il contenuto dell'ordinamento sono, dal punto di vista giuridico, la stessa cosa³⁸.

10. *Il rapporto fra diritto e Stato secondo Santi Romano e secondo Hans Kelsen. Brevi considerazioni comparative.*

Di fronte a problemi di tanta mole è naturale che ogni soluzione proposta lasci inappagati. Sembra però potersi dire che delle due spiegazioni del rapporto fra diritto e Stato che a noi sembrano le più approfondite e comprensibili – quella del Kelsen e quella del Romano – la prima sia la più plausibile. Nessuna delle due risolve il mistero del diritto, né pretende, se si eccettua qualche atteggiamento kelseniano, di farlo. Entrambe hanno il merito di porre il diritto in rapporto di derivazione con la società anziché con lo Stato. Mentre però il Romano finisce, ci sembra, per sussumere Stato, società e diritto entro quel concetto ambi- o polivalente – e perciò ambiguo – di istituzione: concetto che risolve nell'«essere» il dover essere dell'ordinamento, Kelsen prospetta una costruzione che, quali che possano es-

³⁷ Aggiungasi che l'impossibilità di individuare la persona dello Stato in alcunché di diverso dall'ente giuridico definito e personificato dal diritto – ma mi riferisco sin qui, ripeto, solo al diritto interno – è provata ancora dalle difficoltà in cui qualunque teoria non puramente giuridica dello Stato s'imbatte in tutti quei casi – non tanto rari – nei quali si dia lo Stato, si diano un ordinamento e un'organizzazione giuridica della comunità, ma non si dia la personificazione dello Stato come ente morale unitario: così lo Stato britannico nel quale è corporation la Corona ma non lo Stato stesso (MAITLAND, *The Crown as Corporation*, *Law Quarterly Review*, London, 1901, 131). Mi riferisco ai vari casi nei quali lo Stato non è persona giuridica e si risolve in una pluralità di persone e istituzioni (fisiche e/o giuridiche) tenute insieme dalla politica e dal diritto in rapporto di coordinazione o gerarchia: ma non elevate, nel loro insieme, a giuridica unità (ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947, 48, 60; ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1936, 105); sul punto, *Gli enti*, cit., 115 ss.

³⁸ *Gli enti*, cit., 116-118 (per il confronto fra la persona giuridica dello Stato del diritto interno e le persone giuridiche inferiori).

serne le mende, imposta il problema massimo del diritto in modo più rispondente alla specificità, singolarità e identità del fenomeno, sceverando nettamente il sociale – ossia la società come base e campo d’attuazione o applicazione del diritto – da una parte, e lo Stato e il diritto come una cosa sola, dall’altra parte. Tanto più convincente mi sembra del resto l’equazione kelseniana fra diritto e Stato³⁹ – quest’ultimo distinto dalla società ovvero identificato con questa solo quando s’intenda la società come «ordine sociale» o «comunità giuridica» (ovvero Stato in senso lato) – in quanto al medesimo risultato si potrebbe pervenire... emendando (si perdoni l’ardire) la costruzione del Romano alla luce del dato per noi indiscutibile che il diritto consiste di norme e il suo contenuto esprime ciò che la realtà sociale deve essere, non ciò che essa è. Identificare invece il diritto con l’istituzione, e questa, a sua volta, con la società o con la società in fatto organizzata – così come almeno apparentemente fa il Romano – non costituisce un vero superamento delle teorie statalistiche, che negavano la giuridicità dell’organizzazione dello Stato. Questa resterebbe in sostanza un mero fatto storico nonostante la sua inclusione nel concetto di ordinamento, allo stesso modo come un mero fatto storico era per gli statalisti quella volontà dello Stato che dal di fuori dell’ordinamento avrebbe posto tutto il diritto: accostamento, questo, che nella pur geniale e seducente costruzione di Santi Romano non manca di affiorare in qualche punto. Il superamento delle dottrine statalistiche sta invece nel riferire l’identificazione ordinamento-istituzione al «momento» del costituirsi dell’organizzazione della società (come bene avverte il Romano stesso nella sua «*Instaurazione di fatto*»). È questo il momento nel quale l’istituzione si presenta come fenomeno di produzione e attuazione di diritto e si confonde con questo, così come «la gallina con l’uovo» (e viceversa). Ma 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 del Romano, ossia dell’equazione diritto-società (e quindi diritto-fatto) sta, a nostro sommesso avviso, nel sostituire al concetto extragiuridico di società – quale ambiente di produzione e di azione dell’ordinamento, am-

³⁹ Cfr. la critica della concezione kelseniana in GIULIANO, *op. cit.*, cap. III, spec. 104 ss., 109 ss., 127, 131.

biente il quale con questo non s'identifica però in nessun momento – il concetto giuridico di Stato. Ad avviso del presente autore, il concetto di istituzione è accettabile solo se con quel termine si designa, per l'appunto, lo Stato come organizzazione giuridica della società, ossia come ordinamento giuridico: il che è la riduzione della tesi del Romano a quella kelseniana, dal Romano stesso avversata proprio perché egli respinge l'idea, a sommosso nostro avviso esatta, che non vi è diritto dove non vi sia norma e dover essere⁴⁰.

A buoni conti, nonostante quanto detto sin qui in tema di enti morali inferiori, si ritiene opportuno avvertire, dato che il nostro tema è lo Stato del diritto internazionale, che, pur aderendo alla concezione dello Stato professata dal Kelsen⁴¹, non accettiamo peraltro l'intera costruzione kelseniana del diritto né condividiamo soprattutto l'argomento principe sul quale il Kelsen stesso fonda la sua conclusione.

⁴⁰ *Ordinamento giuridico*, cit., 4 ss. e spec. 35 e 40 in nt.

⁴¹ L'identificazione fra Stato e diritto dal punto di vista giuridico, alla quale arriva il Kelsen (specie in *General Theory*, cit., XVI, 181 ss., spec. 183, 377 ss.), seguito (in senso non del tutto «puro» e con qualche concessione alle teorie realistiche) dal Guggenheim, dal Verdross e da altri membri della «scuola di Vienna», sembra sostanzialmente condivisa, in Italia, dal CAPOGRASSI, *op. 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*, Milano, 1953, 6 ss., 8, 24, 35, 45 ss., decisamente improntati alla valorizzazione dell'elemento normativo del diritto specialmente nella critica alle teorie degli «elementi costitutivi» dello Stato (*ivi*, 19-20). Più netta – benché oscurata da certe formulazioni improprie – è l'identificazione fra Stato e ordinamento in MICELI, *op. cit.*, 226 e *passim*: «Si parla... a sproposito 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 Stato* [non sono lo Stato *in senso giuridico*, diremmo], *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 sembra non percepire, tuttavia, la distinzione fra Stato in senso giuridico (ossia il *contenuto* dell'ordinamento) e lo Stato in senso storico (ossia l'*essere* dell'ordinamento e della sua attuazione nonché l'*essere* della stessa società in cui l'ordinamento sorge e viene applicato) (vedasi spec., del Miceli, 226 ss., 229 e *passim*); né distingue lo Stato, come ente corrispondente al contenuto normativo dell'ordinamento, dall'«astrazione» corrispondente allo Stato nella coscienza dei consociati o dell'osservatore (vedasi spec. 228 s.).

Accettiamo pienamente la lezione che egli dà sulla distinzione fra «Sein» e «Sollen», e su questa distinzione riteniamo si fondi, in diritto positivo, l'equazione Stato-diritto dal punto di vista dell'ordinamento nazionale⁴². Non condividiamo, perché indimostrata, l'affermazione dello stesso Kelsen che il diritto sia necessariamente interindividuale e non sia concepibile ch'esso possa assumere a propri destinatari aggregazioni umane in fatto formate e/o strutturate⁴³. Questa idea costituisce, insieme con il postulato della necessaria unità della scienza giuridica, il fondamento principale della indimostrata concezione monista kelseniana del rapporto fra diritto interno e diritto internazionale.

La questione è per noi di diritto positivo. Il problema della nozione della persona giuridica dello Stato si pone, al pari di quella della nozione degli enti morali inferiori, in termini di condizionamento giuridico della «realtà sottostante» per opera del diritto positivo. L'esistenza di tale condizionamento indica che la persona giuridica dello Stato costituisce, al pari degli enti morali inferiori, un centro artificiale di soggettività corrispondente alla comunità giuridica nazionale. In tal senso riteniamo esatta l'identificazione kelseniana dello Stato con l'ordinamento giuridico. Non si può tuttavia escludere che in altro sistema normativo – per esempio, nel diritto internazionale – possano essere assunte a soggetti, ossia a destinatari delle norme, aggregazioni umane fattualmente formate e organizzate, e in quanto tali «date» per le norme che ne regolano le relazioni. Resta naturalmente da vedere quali conseguenze derivino da un tale stato di cose per il modo di essere del sistema normativo in questione⁴⁴.

⁴² V. *supra*, par. 9.

⁴³ Nello stesso senso del Kelsen si pronuncia, in sostanza, RENARD, *La théorie de l'institution*, Parigi, 1930, 188, nt. 1.

⁴⁴ Nulla di quanto affermato sin qui pregiudica la questione di sapere se fra dette 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 né necessariamente né per il semplice fatto che le norme o le supposte norme s'indirizzano ad aggregazioni umane fattuali come tali.



IV

LA PERSONA INTERNAZIONALE DELLO STATO («STATO NEL SENSO DEL DIRITTO INTERNAZIONALE») COME ENTE DI FATTO

SOMMARIO: 11. *Fattualità della persona internazionale dello Stato.* – 12. *Le cosiddette State-making and Un-making Norms.* – 13. *Limiti di portata di dette norme: non incidenza diretta sulla formazione, l'esistenza, i mutamenti e la dissoluzione di Stati o governi.* – 14. *Riprove ulteriori della fattualità della persona internazionale dello Stato.* – 15. *La fattuale indipendenza dello Stato nel senso del diritto internazionale al confronto con la essenza giuridica dell'autonomia degli enti dipendenti nel diritto nazionale. La sovranità esterna come sinonimo della fattuale indipendenza della persona internazionale dello Stato.* – 16. *I dati raccolti come conferma della natura fattuale della persona internazionale dello Stato.*

11. Fattualità della persona internazionale dello Stato.

L'analisi della realtà giuridica offre una moltitudine di dati comprovanti che gli Stati, benché dotati di personalità giuridica in base al diritto internazionale, non siano in alcun senso creati da quel diritto⁴⁵:

⁴⁵ Sulla natura parimenti fattuale (dal punto di vista del diritto internazionale) delle persone internazionali «diverse dagli Stati», vedasi *Sulla dinamica della base sociale nel diritto internazionale*, in *Annali della Facoltà giuridica dell'Università degli studi di Camerino*, 1954, 1-76, alle 43 ss., 83, 87, e *L'Etat*, cit., 39-44 (per la Santa Sede); *Dinamica*, cit., 48 ss. e 9 ss. e *L'Etat*, cit., 44-45 (per i partiti insurrezionali); *Dinamica*, cit., 148 s., 151 ss., e *L'Etat*, cit., 45-40 (per i governi in esilio e i comitati nazionali). Si tralasciano per il momento le organizzazioni internazionali benché anche la loro per-



né nel senso in cui le persone giuridiche inferiori di diritto interno sono creazioni di tale diritto, né nel senso in cui lo Stato stesso è, secondo il diritto interno, una creazione del diritto di una comunità umana nazionale. Ciò è largamente provato dagli elementi di confronto sintetizzati nei seguenti paragrafi⁴⁶.

Diversamente dalle persone giuridiche e dagli altri enti artificiali del diritto interno, i quali nascono come strutture giuridiche mediante atti giuridici pubblici o privati, e diversamente dallo stesso Stato nel senso del diritto interno, la cui istituzione coincide con la formazione dell'ordinamento giuridico della comunità, gli Stati quali persone di diritto internazionale nascono de facto, permangono in esistenza de facto, e vengono eventualmente modificati o estinti de facto dal punto di vista del diritto internazionale⁴⁷.

12. *Le cosiddette State-making and Un-making Norms.*

La nascita e le altre vicende degli Stati sono sempre più frequentemente contemplate non soltanto da strumenti politici internazionali, ma anche da risoluzioni o raccomandazioni di organi internazionali, da trattati internazionali, e persino da principi e da norme non scritti di diritto internazionale generale. Fermandoci all'ipotesi più semplice delle norme convenzionali, queste stabiliscono diritti e obblighi relativi alla condotta che dati Stati o anche tutti gli Stati devono adottare riguardo alla creazione, modifica, estinzione di Stati determinati. Si danno altresì norme o principi (di hard o soft law) che contemplano i comportamenti che gli Stati esistenti debbono o dovrebbero tenere in ordine alle condizioni alle quali aggregazioni umane dipendenti potrebbero essere riconosciute come Stati indipendenti oppure come

sonalità abbia, a nostro avviso, natura primaria (*The Federal Analogy, European Journal of International Law*, 1997, 15-18 e riferimenti ivi).

⁴⁶ Benché lo stagionato lavoro del 1951 sia tuttora valido, esso richiedeva di esser riveduto su qualche punto essenziale alla luce dei recenti sviluppi del diritto internazionale e della dottrina. Ciò vale specialmente per i parr. 12-13 immediatamente seguenti.

⁴⁷ *Gli enti*, cit., *passim*, spec. 5-39 e 174 ss., e riferimenti ivi. Il punto è pacifico, specie nella dottrina italiana e tedesca.

movimenti di liberazione. Si allude specialmente a condizioni quali l'esercizio dell'autodeterminazione nel rispetto dell'integrità territoriale di Stati esistenti. E si hanno ancora norme che obbligano Stati a adottare o meno, a mantenere o meno, un certo regime o un certo tipo di regime⁴⁸. Le norme del genere – approssimativamente e a volte arbitrariamente denominate, nella letteratura di lingua inglese, *State or government making (o building) or un-making norms* – sono volte a favorire o ad ostacolare – mediante il riconoscimento o, rispettivamente, il non-riconoscimento da parte di altri Stati – la creazione, la modifica, lo smembramento o l'estinzione di un certo Stato, ovvero il cambiamento o il mantenimento di un certo regime o tipo di regime, in uno o più, o addirittura, ove trattasi di disposizioni, risoluzioni o norme di portata generale, in tutti gli Stati. Funzioni analoghe svolgerebbero quelle disposizioni, fra le norme, i principi e le risoluzioni in parola, che contemplano l'integrità territoriale subordinando al suo rispetto determinati comportamenti degli Stati in ordine a fenomeni quali i movimenti di liberazione e la secessione⁴⁹. Benché non proprio nuovo (e anzi piuttosto datato) il fenomeno rappresentato dalle varie regole in parola è al giorno d'oggi accentuato per effetto, oltre che di forme di intervento di discutibile legalità internazionale, della cosiddetta «umanizzazione» del diritto internazionale mediante lo sviluppo della protezione dei diritti umani, la condanna e la repressione internazionale dei crimini, e il principio dell'autodeterminazione dei popoli e delle minoranze⁵⁰. (Altra cosa dal non sempre chiaro ruolo delle *State or government making or un-making rules*, è, beninteso, il ruolo svolto in direzioni analoghe dalle pressioni politiche o militari

⁴⁸ Nonostante sia incentrato sul problema della democrazia in diritto internazionale, il recente articolo di STEIN (*International Integration and Democracy: No Love at First Sight*, in *American Journal of Int. Law*, 2001, 489 ss.), offre materiali e riflessioni interessanti con riguardo al ruolo del diritto e dell'organizzazione internazionale nello sviluppo di governi democratici a livello statale (*ivi*, 490, 493 e 534). Il tema del governo statale democratico è più direttamente trattato da FRANCK, *The Emerging Right of Democratic Governance*, in *American Journal of Int. Law*, 1992, 46 ss.

⁴⁹ Vedasi, da ultimo, A. TANCREDI, *La secessione nel diritto internazionale*, Padova, 2001.

⁵⁰ Sull'impatto dell'autodeterminazione sulle forme di governo degli Stati vedasi G. PALMISANO, *Nazioni Unite e autodeterminazione interna. Il principio alla luce degli strumenti rilevanti dell'ONU*, Milano, 1997, spec. 335 ss. e 422-470.

esercitate più o meno legittimamente – e spesso illegalmente – da certi Stati su altri). Non si potrebbe pertanto condividere pienamente, al giorno d'oggi, la tesi espressa tempo addietro da Kelsen e Perassi circa una totale passività o «indifferenza» del diritto internazionale rispetto alle forme di governo e all'organizzazione degli Stati e neppure l'idea che «il processo formativo dello Stato» sia «irrilevante»⁵¹.

⁵¹ Si dissente qui da quegli eminenti studiosi là dove essi parlano di «indifferenza» del diritto internazionale alla formazione del governo statale (KELSEN, *The Communist Theory of Law*, London, 1955, 169-170) o di una «libertà di organizzazione» di cui godrebbero gli Stati riguardo alla scelta del proprio assetto interno (PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, Roma, 1955, 102 ss.). A parte il fatto che, come rilevato nel testo, ciò non sembra del tutto vero nel tempo presente, la questione non è se e in quale misura (certamente ancora assai rilevante) il diritto internazionale sia «indifferente» ovvero in quale misura (anch'essa rilevante) gli Stati restino «liberi» di organizzarsi come preferiscono. Come spiegato più avanti nel testo, la questione è: (a) se le norme internazionali, reali o supposte, condizionanti il sistema di governo degli Stati si indirizzano alla popolazione statale ed eventualmente ad altre popolazioni; e (b) se l'osservanza o l'inosservanza di tali norme comporti una qualche rilevanza giuridica riguardo all'esistenza di dati Stati o governi in base al diritto internazionale e sulle relative conseguenze. Nei limiti in cui si dirà nel testo, la creazione di uno Stato o del suo governo può ben essere giuridicamente rilevante dal punto di vista delle norme di diritto internazionale che, come spiegato più avanti, possono comprimere la libertà degli Stati. Ciò non significa peraltro che il diritto internazionale *crei* gli Stati o i governi in senso propriamente giuridico (v. par. seg., spec. punto c).

Può revocarsi in dubbio anche l'affermazione di MORELLI che il processo di formazione dello Stato (*qua* persona internazionale) sarebbe «irrilevante» (*Nozioni di diritto internazionale*⁷, Padova, 1967, 127). Nella misura in cui il processo di formazione dello Stato sia oggetto di norme internazionali (per es. norme pattizie o decisioni di un organo internazionale competente) vincolanti uno o più Stati, tale processo potrebbe essere rilevante nel senso che farebbe sorgere situazioni di diritto/obbligo fra gli Stati destinatari. La posizione di Morelli potrebbe esser peraltro considerata corretta soltanto se fosse intesa nel senso che il processo di formazione dello Stato non determina conseguenze ai fini dell'acquisto, da parte di quello Stato, della personalità giuridica internazionale. Una rilevanza giuridica ad altri effetti è concepibile e le specie di norme o regole di cui si parla nel testo ne sono una sia pure generica prova, fermo restando tuttavia che il diritto internazionale «non fabbrica Stati». Vedasi il seguito nel testo.

13. *Limiti di portata di dette norme: non incidenza diretta sulla formazione, l'esistenza, i mutamenti e la dissoluzione di Stati o governi.*

Tuttavia, contrariamente alle interpretazioni prevalenti dei fenomeni in parola – tendenza rilevabile anche dai soli titoli di certi voluminosi scritti – le norme pattizie o consuetudinarie in questione, per non parlare di atti vincolanti o non vincolanti (la c.d. soft law) di organi internazionali, non svolgono alcuna funzione giuridica diretta riguardo ai suddetti eventi costituzionali. Nessuna funzione giuridica del genere è svolta, in ordine alla creazione, alla modifica o alla estinzione di uno Stato, ovvero alla legittimazione di un governo o di un mutamento di governo, nei riguardi della popolazione dello Stato o degli Stati interessati (per non parlare della popolazione di qualsiasi altro Stato): sicuramente non in senso analogo a quello in cui le norme di un ordinamento giuridico nazionale relative a vicende comparabili di persone giuridiche private o pubbliche – per non parlare dello Stato stesso – nel seno di una comunità nazionale, svolgono una funzione direttamente normativa e creativa nei riguardi dei membri, degli agenti e/o dei beneficiari di una persona giuridica o nei riguardi dei sudditi dello Stato. In altri termini, le norme e i principi in parola non creano essi stessi situazioni individuali o interindividuali di diritto-obbligo le quali legittimino o delegittimino lo Stato o il governo da esse norme o principi contemplato. Dette disposizioni non producono, insomma, effetti costitutivi di ordine interindividuale. E ciò esclude ogni analogia, fra il ruolo svolto, da un canto, dalle norme internazionali contemplanti la creazione di Stati o governi – norme molto impropriamente dette, per l'appunto, «State-making» (o building) «government-making» (o un-making) – e il ruolo svolto, d'altro canto, dalle norme di diritto interno nei confronti di vicende comparabili di enti morali di diritto interno o dello Stato stesso nell'ordinamento proprio.

a) Circoscrivendo per brevità il discorso al cosiddetto «making» e «un-making» di Stati o governi, devono ammettersi, fra i due ruoli testé messi a confronto, due differenze fondamentali che in parte spiegano le surricordate tesi recisamente negative di Kelsen e Perassi, restando inteso che quanto si dirà per le norme convenzionali vale, mutatis mutandis, per certe risoluzioni di organi internazionali nonché per le norme consuetudinarie.

In primo luogo, per quanto rigorosamente le norme internazionali possano essere rispettate dagli Stati interessati, uno Stato o governo istituito o modificato in dispregio delle norme internazionali in parola può benissimo ottenere ugualmente l'obbedienza del proprio popolo (così come il rispetto di altri popoli); e la stessa possibile reazione da parte di altri Stati interessati potrebbe non comportare effetti giuridici sul piano (interindividuale) degli aggregati umani coinvolti. Viceversa, uno Stato o governo eretto o modificato conformemente alle norme internazionali in discorso potrebbe ben essere oggetto di lecita opposizione o resistenza – sul piano del diritto interno – ad opera della popolazione data o eventualmente di altre. Neanche in questo caso il comportamento degli Stati partecipi delle situazioni di diritto-obbligo in parola comporta effetti costitutivi sul piano o sui vari piani di diritto nazionale. Detto altrimenti, dalle norme internazionali rilevanti, così come dalla loro osservanza o inosservanza, non scaturiscono per le popolazioni effetti costitutivi in termini di diritti e obblighi interindividuali legati alla legittimità o illegittimità della situazione prodotta. Sembra del resto evidente che affinché effetti del genere si verificassero dovrebbero operare non già norme meramente internazionali, ossia inter-statali, bensì norme *interindividuali* ascrivibili a una qualche sorta di diritto pubblico (interindividuale) universale o regionale che svolgesse una diretta funzione di legittimazione/delegittimazione comparabile a quella svolta dalle norme regolanti, in qualunque ordinamento giuridico nazionale, la creazione, la modifica o l'estinzione di persone giuridiche, oppure dello Stato stesso dal punto di vista del suo proprio ordinamento.

Benché norme internazionali di tal genere siano ritenute esistenti da parte di quegli autori che subiscono l'influsso delle indimostrate teorie moniste del rapporto fra diritto internazionale e diritto nazionale, sembra evidente che gli effetti in questione presupporrebbero che fra gli Stati interessati sussistesse, anziché il tipo di relazioni che sono proprie del diritto internazionale, relazioni di tipo federale: relazioni che non sussistono né grazie alla Carta delle Nazioni Unite, né grazie al sistema di cosiddetta integrazione europea, il quale è ancora ben lontano dal realizzare una vera e propria confederazione (per non parlare di Stato federale). È dunque solo agli autori che soggiacciono a indimostrate analogie federali che va ascritto il summenzionato, im-

proprio – e comunque molto approssimativo se non rudimentale – concetto di «State-or-government-making» o building o «un-making» international norms. Persino i diritti e gli obblighi nascenti dai cosiddetti trattati «costituzionali»⁵² restano affare fra Stati al pari – se non a titolo ancora maggiore – di ogni altra situazione di diritto/obbligo derivante da qualsiasi altra norma di diritto internazionale.

b) In secondo luogo, sul piano stesso dei rapporti interstatali, la conformità o meno degli eventi contemplati alle norme od ai principi internazionali in questione, non è di per sé decisiva, dal punto di vista del diritto internazionale, della condizione giuridica (internazionale) dello Stato o del governo da dette norme o principii contemplato. Certamente, la creazione o la modifica di un certo Stato o governo potrà ben essere considerata illecita se non conforme agli obblighi in parola, e suscitare eventualmente opposizione da parte degli Stati interessati a invocarli – mediante misure quali, per es., il diniego del riconoscimento o il rifiuto di instaurare o mantenere relazioni diplomatiche, ovvero il diniego del voto ai fini dell'ammissione a organizzazioni internazionali. Il che non mancherà eventualmente di effetti sulla stabilità dello Stato o del governo in questione. Ciononostante, lo Stato oggetto di tali misure sarà nondimeno, dal punto di vista del diritto internazionale, uno Stato, e comunque un soggetto di diritto internazionale; e il governo sarà il governo ai fini della cosiddetta «rappresentanza internazionale» dello Stato, così come per ogni altro aspetto dei rapporti giuridici internazionali gestiti dallo Stato o dal governo contro cui le misure fossero rivolte. Altra cosa restano, si ripete, le conseguenze giuridiche, ossia le situazioni internazionali di diritto/obbligo, derivanti ad altri effetti dalle norme in parola.

⁵² Con tale termine vengono o potrebbero a volte essere indicati quei trattati internazionali che incorporano la costituzione di uno Stato in fieri o altrimenti di nuova indipendenza. La costituzione della Libia, per es., fu elaborata e adottata con il concorso dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite. Non ne fu intaccata la fattuale indipendenza dello Stato Libico né l'originarietà del suo ordinamento. Altrettanto dicasi dei casi di indipendenza octroyée come quella delle Filippine (H. BRIGGS, *The law of Nations*, New York, 1938) o quella della Rhodesia. L'entità assurta all'indipendenza si pone come Stato in fatto, e non per effetto giuridico dell'octroi. Non sarebbe altrimenti uno Stato indipendente e sovrano.

c) Per concludere, deve ammettersi, se si considera la questione con il rigore necessario, che dal punto di vista dei rapporti interindividuali così come sul piano dei rapporti interstatali, la situazione degli Stati o dei governi oggetto di State or government making or un-making norms differisce qualitativamente in maniera tanto radicale dalle situazioni a prima vista comparabili coinvolgenti persone giuridiche o altri enti artificiali nell'ambito di un ordinamento nazionale, che parlare di «creazione» di Stati o della istituzione di governi «ad opera di» – o «mediante» – il diritto internazionale non ha alcun senso logicamente plausibile, almeno per quanto attiene alla formazione di uno Stato o l'instaurarsi di un governo⁵³.

Le somme che stiamo qui cercando di tirare possono essere riassunte nei seguenti termini. L'istituzione di persone giuridiche di diritto interno – e dello stesso Stato nel senso del diritto interno – è un

⁵³ Le vicende delle persone giuridiche di diritto nazionale sono regolate, nell'ambito di quel diritto, in modo tale [par. 3, *supra*, e lett. (a) e (b) del presente par.] che la creazione, la modifica o l'estinzione di ciascun ente morale è universalmente e direttamente operante – quale *evento* o *effetto giuridico* – per ogni soggetto (persona fisica o giuridica a sua volta) di quell'ordinamento. Lo stesso deve dirsi, *mutatis mutandis*, dello Stato nel senso del diritto interno e dei suoi sudditi. Le vicende d'ordine internazionale primissima facie simili, ma, a ben guardare, incomparabili, di Stati o di governi – per non parlare delle persone internazionali «diverse dagli Stati» delle quali si dirà *infra* sez. VI – rimangono dal punto di vista del diritto internazionale, nonostante le norme considerate, non già eventi giuridici bensì meri fatti. Le State or government making or unmaking norms, in altri termini, contemplanò, sì, la formazione e le vicende degli Stati e dei governi ma non la regolano. Ribadiamo insomma che il diritto internazionale «non fabbrica Stati». Dire che il diritto internazionale «crea Stati» è un po' come dire che i bambini si fanno con gli spozalizi o i contratti matrimoniali.

Altra cosa sono ovviamente quelle conseguenze giuridiche internazionali che da determinate State or government making or unmaking norms possono discendere non già per la personalità dello Stato o la c.d. rappresentatività del governo bensì riguardo a determinate situazioni di diritto/obbligo fra lo Stato o il governo de quo e altri Stati coinvolti nelle relazioni rette dalle norme in parola. E ancora altra cosa sono le reazioni positive o negative, favorevoli o sfavorevoli di altri Stati e/o delle opinioni pubbliche (nazionali o internazionali) nei riguardi di Stati o governi: reazioni che, se negative, per es., possono colpire non senza conseguenze politiche, economiche e/o morali Stati o governi che presentino caratteri o tengano comportamenti moralmente o politicamente riprovevoli. Come sopra spiegato la persona internazionale di uno Stato resta di fatto (e il suo ordinamento originario) anche quando la sua costituzione provenga da un octroi di indipendenza oppure dalla delibera di un organo internazionale.

evento (o *effetto*) giuridico riguardo *sia* all'istituzione dell'ente *sia* all'attribuzione della personalità giuridica. La formazione di uno Stato nel senso del diritto internazionale è un *fatto* giuridicamente rilevante, l'unico *evento* (o *effetto*) giuridico ad esso fatto riconnesso dal diritto internazionale è l'attribuzione (all'ente fattuale) della capacità giuridica di diritti e obblighi, ovvero della titolarità di questi. L'unica analogia che può ritenersi applicabile alla creazione di Stati dal punto di vista del diritto internazionale, è pertanto – *mutatis, beninteso, i fondamentali, ovvi, mutandis* – il biologico nascere di un essere umano, quale fatto giuridicamente rilevante (*fatto giuridico*), cui il diritto (interno) riconnette l'*evento* o *effetto* (giuridico) consistente nell'acquisto della personalità da parte dell'individuo.

Precisamente in tale senso qui si ribadisce che la creazione di Stati o di governi sia, dal punto di vista del diritto internazionale – e a differenza dell'attribuzione della personalità – non già un evento giuridico bensì un evento meramente fattuale⁵⁴. Ciò detto, nulla vieta di

⁵⁴ Il modo migliore per chiarire la posizione sullo *Staat im Sinne des Völkerrechts*, che difendiamo dal 1951, è forse di confrontarla con le opinioni espresse da MAREK, *Identity and Continuity of States in Public International Law*, Geneva, 1968, e da CRAWFORD, prima in *The Criteria for Statehood in International Law*, in *British Year Book of Int. Law*, 1975, *passim*, spec. 95, e poi in *The Creation of States in International Law*², Oxford, 2006. A tale confronto si è proceduto in *Dualism Revisited. International Law and Interindividual Law*, *RDI*, 2003, nt. 71, 954-956. La critica alla tesi del Crawford è implicita nelle pagine precedenti ove si chiarisce che la presenza e l'applicazione delle State or Government making or unmaking norms non contraddicono la natura fattuale della persona internazionale dello Stato e la opinione espressa nel testo che il diritto internazionale non crea né gli Stati né i c.d. soggetti «diversi dagli Stati». Un breve confronto fra la posizione del Crawford e quella qui mantenuta trovasi nella nota di *Dualism* sopra citata. Ivi si riferisce che, alla pagina 95 del primo dei suoi due scritti citati, il Crawford, dopo aver osservato che «it is sometime suggested that the concept of statehood has *no separate place* in international law» (corsivi aggiunti), precisa in una nota 2 a tale frase: «Arangio-Ruiz, *L'Etat* (...), who identifies the notion of legal criteria for statehood with Kelsenian monism, which is rejected as inconsistent with the reality of a decentralized system. Instead he adumbrates the notion of "puissances": factual entities whose existence the international legal system takes for granted». Benché grati per l'attenzione dobbiamo rettificare. Lungi dal suggerire che la nozione della persona internazionale dello Stato non abbia posto nel diritto internazionale, avevamo sostenuto, come ora sosteniamo, esattamente l'opposto: che cioè, contrariamente all'asserzione del Kelsen (insieme con la sua scuola

parlare di State or government making or un-making norms, e nemmeno di *processes* volti a finalità del genere; purché si riconosca che il formarsi o il costituirsi degli Stati (nonché dei soggetti «diversi dagli Stati») non è effetto né delle suddette norme né del preteso *process*⁵⁵.

monista e numerosi dualisti), secondo la quale il diritto internazionale assumerebbe o realizzerebbe ai propri fini il medesimo concetto della persona dello Stato che è proprio del diritto interno – ossia lo Stato come persona giuridica (che è la *Zwei-Seiten Theorie*) – il diritto internazionale assume lo Stato come fatto quale esso risulta formato, modificato (ed eventualmente dissolto) dalla storia, ivi compreso il diritto nazionale come fatto storico e come uno dei fattori di aggregazione della comunità umana. La persona dello Stato, come spiegato nel testo, è cosa diversa dallo Stato del diritto nazionale. Quest'ultimo è, come per Kelsen, l'ordinamento giuridico interindividuale nazionale o, se proprio si vuole, l'istituzione interindividuale di Santi Romano. Lo Stato del diritto internazionale è invece una entità fattuale assunta dal diritto internazionale come dato di fatto (e non creata dal diritto internazionale). Si aggiunga che nel respingere la concezione kelseniana della persona internazionale dello Stato, il sottoscritto non parlava del diritto internazionale come di un sistema «decentrato» (come il Crawford sembra farci dire). Il diritto internazionale non è una forma decentrata della c.d. *Respublica Christiana* né sembra proprio sulla via di una «centralizzazione» (*Dualism*, cit., parr. 32 e 33 ss.). Un processo di centralizzazione sembra invece supposto dal Crawford, a nostro avviso infondatamente, quando parla di creazione degli Stati da parte del diritto internazionale. Le vedute qui esposte trovano deciso conforto negli acuti lavori di G. PALMISANO indicati nella bibliografia [e specialmente in *Colpa dell'organo e colpa dello Stato*, nonché *Stato (soggettività internazionale)*, scritti sui quali si ritornerà nella nt. 121, *infra*. Troviamo lucide impostazioni vicine a dette vedute (malgrado qualche ambiguità) anche nel lavoro purtroppo incompiuto del compianto A. MIELE, *La comunità internazionale*, II, *I soggetti*, ed. provv., Torino, 2000, 1-42.

Non mi è chiaro in che misura – se mai – la questione sia stata bene colta da MOUSKHÉLY, *La naissance des Etats en droit international public*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 1962, 469-485.

Da condividere l'opinione del BROWNLIE (*Principles of Public International Law*⁶, Oxford) che «in view of the complex nature of international relations and the absence of a centralized law of corporations, it would be strange if the legal situation had an extreme simplicity» (*ivi*, 67, corsivo aggiunto). Certo che non è semplice; una «law of corporations» – è il caso di sottolinearlo – non esiste (almeno per le persone internazionali degli Stati) nemmeno sul piano «decentralizzato» del diritto dei trattati. Ma l'idea che nella società internazionale (quella degli Stati) possa nascere un giorno una «law of corporations» (per gli Stati?) fa il paio con il titolo del citato testo di Crawford sulla «Creation of States»!

⁵⁵ Vedasi da ultimo, a proposito di certi processes, TANCREDI, *op. cit.*, *passim* e spec. 27 ss.

L'assunto di Kelsen per cui «the international legal order, by means of the principle of effectiveness, determines ... the reason of validity of the national legal orders»⁵⁶, è inaccettabile non solo quale esplicita asserzione di una derivazione del diritto interno dal diritto internazionale ma anche come affermazione della natura (o essenza) giuridica della persona internazionale dello Stato dal punto di vista del diritto internazionale. La verità sembra invece espressa dallo stesso Kelsen quando, nel medesimo passo, osserva: «The historically first constitution is valid because the coercive order erected on its basis is efficacious as a whole»⁵⁷ (corsivo aggiunto), vale a dire, aggiungiamo qui, come fatto dal punto di vista del diritto internazionale. Ciò che Kelsen chiama principio di effettività non è un principio giuridico. Si tratta di una norma tautologica, ossia di una regola non giuridica.

14. Riprove ulteriori della fattualità della persona internazionale dello Stato.

I dati sin qui considerati in merito alla natura fattuale della persona internazionale dello Stato trovano conferma in altri elementi.

a) *L'organizzazione dello Stato (dal punto di vista del diritto internazionale).*

Uno di questi attiene all'organizzazione degli Stati. Diversamente dagli ordinamenti statali – interindividuali – i quali contengono norme che investono date persone fisiche del potere di operare nella qualità di agenti di enti morali privati o pubblici, il diritto internazionale non contiene norme che investano individui da esso determinati del potere di «volere» e «agire» per conto dello Stato a effetti di diritto internazionale (ovvero, dello stesso diritto statale): ossia a effetti quali la conclusione di accordi o la responsabilità per fatto illecito: del che si dirà più avanti (*infra*, sez. IX). Le teorie organiche della cosiddetta volontà e azione degli enti collettivi, inaccettabili per le persone giuridiche di diritto interno nonché per lo Stato stesso

⁵⁶ KELSEN, *General Theory*, cit., 366 ss.

⁵⁷ KELSEN, *General Theory*, cit., 368.

come persona di diritto interno, si attagliano al contrario assai bene a descrivere volontà e azione dello Stato dal punto di vista del diritto internazionale⁵⁸. Non mancano invero, benché infrequenti, norme internazionali pattizie che obbligano Stati a dotarsi di determinati organi a volte internazionalmente composti. Anche qui trattasi di norme che pur contemplando gli organi di cui trattano non li creano, ossia non li inseriscono direttamente nella compagine dello Stato. Gli organi così imposti verranno in essere, in ciascuno Stato, solo in forza delle disposizioni da esso poste in essere, in adempimento dell'obbligo⁵⁹.

b) *La condizione dell'individuo secondo il diritto internazionale.*

Riprova ulteriore della natura fattuale dello Stato nel senso del diritto internazionale è la condizione dei componenti delle popolazioni statali. Dal punto di vista del diritto positivo resta tuttora da dimostrare che individui e enti collettivi statali acquistino diritti e obblighi per opera propria del diritto internazionale. Laddove, come sempre più sovente accade al giorno d'oggi (ma è accaduto in modo meno appariscente anche nel passato), interessi e comportamenti di individui o enti morali di diritto interno formano oggetto di norme internazionali miranti alla protezione di detti interessi o al condizionamento di detti comportamenti, i diritti e gli obblighi individuali del caso non scaturiscono direttamente dalle norme internazionali. Essi derivano dagli ordinamenti giuridici nazionali adattati agli obblighi posti agli Stati dalle norme internazionali applicabili ovvero dagli ordinamenti interni di organi internazionali istituiti da Stati mediante accordo: ordinamenti che non sono derivazioni dirette del diritto internazionale (e come tali parte integrante del diritto dei rapporti fra le persone internazionali degli Stati).

Arbitrariamente si sostiene da varie parti che, ciononostante, gli individui divengano soggetti del diritto internazionale tramite ordinamenti «derivati» dal diritto internazionale a pretesa somiglianza di quanto accade nel diritto interno ove persone fisiche acquistano si-

⁵⁸ Il confronto è con *Gli enti*, cit., 121-173 e 319-371, rispettivamente; e ulteriormente sviluppato in *L'Etat*, cit., 311-331.

⁵⁹ Puntuali riferimenti a nostri lavori sul tema in G. PALMISANO, *Colpa dell'organo e colpa dello Stato*, cit.

tuazioni soggettive tramite gli ordinamenti di persone giuridiche private o pubbliche. Fra la situazione degli individui in base al diritto internazionale e la situazione degli stessi in base al diritto interno restano due fondamentali differenze. In primo luogo, i membri di ogni ente pubblico o privato sono giuridicamente soggetti all'ordinamento nazionale nel suo complesso quali membri originari della comunità, soggetti in quanto tali al sistema giuridico prima ancora di appartenere a regioni, province, città o associazioni private. Il loro legame di appartenenza allo Stato è il legame giuridico fondamentale. La loro soggezione all'ordinamento giuridico parziale di un ente morale è fenomeno giuridico secondario. Al contrario, persino secondo le tesi più ottimistiche, i privati acquisterebbero diritti od obblighi in base al diritto internazionale solo indirettamente, tramite ordinamenti giuridici che impropriamente sono visti da una parte della dottrina come derivati da diritto internazionale. Le parti private sarebbero dunque persone di diritto internazionale solamente in via secondaria⁶⁰. Anche qui le norme internazionali contemplano ma non creano né i diritti umani né le figure di delitti individuali da esse contemplati. Il che non impedisce, beninteso, che giudici nazionali o internazionali diano attuazione, con loro sentenze, a norme internazionali alle quali determinati Stati avessero mancato di dare il dovuto seguito più o meno formale nei loro ordinamenti. È opinione oggi largamente condivisa che il giudice non manca di svolgere, all'occorrenza, una funzione creativa.

⁶⁰ In «Soggettività nel diritto internazionale», in *Digesto/pubbl.*, XIV, Torino, 1999, nt. 232, 253-254 si è fatta ammenda per l'impropria allusione all'irrelevanza degli atti di individui in diritto internazionale (un lapsus in *Rapporti contrattuali*). Seguendo un appunto di MORELLI, *Stati e individui nelle organizzazioni internazionali*, RDI, 1957, 3-25, 9, nt. 10, la stessa ammenda è stata fatta in *The Normative Role*, 638, nt. 24, e in *The Friendly Relations Declaration*, nt. 24, 208. Si intendeva soltanto precisare che gli atti di individui non sono atti di *persone internazionali*. Vedasi anche *Gli enti*, cit., 250 ss. Un concetto altrettanto ambiguo di «irrelevanza» è usato anche da ANZIOLOTTI (nel senso dell'irrelevanza del diritto internazionale per i soggetti del diritto interno) in *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, Bologna, 1905, 443 s.

- 15.** *La fattuale indipendenza dello Stato nel senso del diritto internazionale al confronto con la essenza giuridica dell'autonomia degli enti dipendenti nel diritto nazionale. La sovranità esterna come sinonimo della fattuale indipendenza della persona internazionale dello Stato.*

Gli elementi raccolti sin qui a proposito della natura della persona internazionale dello Stato trovano complemento in un quarto dato che assorbe i primi tre. Mi riferisco all'indipendenza degli Stati come qualità distinta dall'autonomia. Il termine autonomia, non di rado arbitrariamente usato quale sinonimo di indipendenza al fine di descrivere la condizione dello Stato rispetto al diritto internazionale⁶¹, è del tutto inappropriato. «Autonomia» è il termine generalmente impiegato nel diritto costituzionale e amministrativo per indicare la condizione di dati enti pubblici o privati nel quadro del diritto statale. Tale termine indica la sfera dei poteri normativi, amministrativi o giudiziari attribuiti a tali enti dal diritto nazionale. Ragion d'essere di tale fenomeno è di contemperare, nel quadro del sistema totale della comunità, le esigenze della diversificazione e del decentramento assieme a quella di unità⁶².

Un tale abbinamento di pluralismo e unità è possibile grazie alla natura integrata e totalmente interindividuale – malgrado le eccezioni da noi individuate in precedenti scritti⁶³ – dell'intera comunità. Condizione principale è la presenza di un ambiente sociale continuo dal

⁶¹ Così, per es., ANZILOTTI [*Il diritto internazionale nei giudizi interni*, cit., 41, 42, 49; ID., *Cours de droit international* (trad. di G. Gidel), Paris, 1929, 122; ID., *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, Firenze, 1902, 30], parla di «autonomia».

⁶² L'autonomia consiste infatti di due gruppi di elementi interconnessi. Da un lato, vi è l'insieme di diritti, obblighi, poteri e competenze attribuiti, tramite lo statuto dell'ente autonomo, alle persone a quest'ultimo collegate in qualità di agenti, membri, beneficiari o sudditi. Dall'altro lato vi è la presenza, attiva e diretta, dell'ordinamento giuridico statale. Tale presenza si manifesta nella soggezione dell'ente autonomo stesso, e di ciascuna delle persone fisiche (membri, beneficiari, agenti ecc.) ad esso soggette, a quell'ordinamento giuridico dello Stato che sull'ente esercita il suo controllo.

⁶³ Si allude agli aggregati umani non legittimati (o addirittura illeciti) dal punto di vista del diritto nazionale. *Dualism*, cit., 968-969 e riferimenti nelle note 96 e 97 *ivi*.

punto di vista sociologico e di un ordinamento giuridico parimenti continuo, nel cui ambito non si danno soluzioni di continuità giuridica fra diritti/obblighi dell'ente quale unità, da un lato, e diritti/obblighi di membri, beneficiari o agenti, dall'altro lato. A meno di non identificare erroneamente l'ente autonomo con la realtà fattuale sottostante – punto discusso, *supra*, nei parr. 2 ss., spec. nt. 7 – è solo per modo di dire che si parla di diritti ed obblighi «collettivi». Una volta che l'ente sia costituito in seno alla comunità statale – e il suo statuto integrato nell'ordinamento giuridico totale – l'ente «collettivo» esisterà, in senso sociologico, soltanto come substratum della persona giuridica. Diversa dall'autonomia, sempre all'interno di una comunità statale, è ovviamente la condizione degli aggregati umani fattuali non legittimati dall'ordinamento dello Stato (di cui alla nt. 63 *supra*).

Le caratteristiche degli enti autonomi sono comunque totalmente assenti nelle persone internazionali degli Stati (o, per quanto rileva, nei soggetti di diritto internazionale «diversi dagli Stati»). Tali persone internazionali sono, sì, enti collettivi, accostabili, se si vuole, agli enti nei quali si ravvisa il substratum delle persone giuridiche di diritto interno. Ciononostante, esse non posseggono, dal punto di vista della società umana universale – o di qualunque sua porzione regionale – alcuno dei caratteri delle persone giuridiche di diritto interno⁶⁴.

In ultima analisi, mentre gli enti morali di diritto interno sono caratterizzati da una più o meno larga «autonomia», le persone internazionali degli Stati sono invece caratterizzate dall'indipendenza; e

⁶⁴ Nel diritto internazionale, dell'autonomia non si riscontrano né i tratti positivi né quelli negativi. Sul versante positivo, non si riscontra la legittimazione dell'associazione né dei poteri degli organi di vertice da parte dell'ordinamento giuridico totale. Sul versante negativo, non si rinvengono i controlli normalmente esercitati dall'ordinamento totale sulla cerchia delle persone – membri, beneficiari e agenti – rispetto alle quali l'ente svolge la propria funzione pubblica o privata. In altre parole, non si rinviene nessuno degli elementi caratterizzanti l'autonomia di un ente in quanto fenomeno giuridico all'interno dell'organismo costituito dall'intero sistema giuridico (nazionale). Sui gruppi di fatto nell'ambito di una comunità statale, *supra*, nt. 63.

È a causa della confusione fra persona giuridica e il suo substratum che un gran numero di autorevoli studiosi sono indotti a ritenere che la posizione degli Stati rispetto al diritto internazionale sia qualitativamente analoga alla posizione degli enti autonomi amministrativi o costituzionali (città, regioni, dipartimenti, province, cantoni, Länder o Stati membri) rispetto al diritto di uno Stato unitario o federale.

l'indipendenza è condizione fattuale, sinonimo, in quanto tale, di sovranità (esterna): altro termine, questo, che sta a indicare la medesima condizione fattuale dal punto di vista delle relazioni internazionali e del diritto che le regola⁶⁵. Diversamente dalle funzioni di governo esplicate da alcuni degli enti autonomi nel diritto nazionale – funzioni attribuite dall'ordinamento statale – le funzioni di governo degli Stati sovrani, ancorché spesso oggetto di norme internazionali più o meno

⁶⁵ «Sovereignty is supreme authority which is independent of any other earthly authority. Sovereignty in the strict and narrowest sense of the term includes, therefore, independence all round, within and without the borders of the country» (OPPENHEIM, *International Law. A Treatise*, I, *Peace*, London, 1905). Che «[d]iverging theories of sovereignty have come and gone» è sottolineato e ben spiegato in WILDHABER, *Sovereignty and International Law*, in MACDONALD-JOHNSON (eds.), *The Structure and Process of International Law. Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory in the Honour of Judge Weng*, Dordrecht, 1986, 425 ss., 428-429. Vedasi, sull'origine del concetto, J. BARTELSON, *A genealogy of sovereignty*, Cambridge, 1995.

Facciamo invece fatica a comprendere SPERDUTI, *Le principe de souveraineté et le problème des rapports entre le droit international et le droit interne*, in *Recueil des cours*, 1976-V, là dove scrive (333-334) di «mythe d'une souveraineté originaire». Ovviamente è così dal punto di vista del diritto internazionale positivo. Ma è altrimenti in diritto interno, dove lo Stato nasce e vive nel diritto. Concorderemmo con SPERDUTI, *ibid.*, 339, là dove definisce «l'Etat de droit» come un «produit», per così dire, «del sistema giuridico». Dal punto di vista del diritto internazionale, peraltro, la sovranità è condizione *fattuale* di indipendenza e non una qualità giuridica (di diritto internazionale). Non parleremmo, inoltre, di un «principle of sovereignty in ... international law» (come invece fa STEINBERGER nell'assai erudito *Sovereignty*, in *Encyclopedia of Public International Law*, IV, Amsterdam 2000, 500-521, in partic. 500 e 511-513). Trattasi di una situazione fattuale, non giuridica.

Tralasciamo non soltanto il concetto di sovranità in base al diritto naturale (o divino) ma anche il concetto di «sovranità assoluta» come sinonimo di assenza di leggi (HOFFMANN, *Organisations internationales et pouvoir politique des Etats*, Paris, 1954, 14); e non condividiamo, naturalmente, la concezione per cui gli obblighi internazionali comporterebbero una restrizione della sovranità-indipendenza; essi restringono, ovvero piuttosto condizionano, la libertà degli Stati. Come si osserva più avanti nel testo, il concetto di restrizione di «compétences» degli Stati (HOFFMANN, *ibid.*, 157) è fuorviante dal momento che accredita l'idea (caldeggiata da numerosi autori francesi palesemente influenzati dallo studio degli istituti del diritto pubblico interno) che le competenze degli Stati siano attribuite a questi dal diritto internazionale. La dottrina francese rilevante è citata e discussa in *Le domaine réservé, l'organisation internationale, et le rapport entre le droit international et le droit interne*, in *Recueil des cours*, 1990-VI, 435-439.

restrittive della libertà, non sono delegate dal diritto internazionale. Esse riposano esclusivamente sui rispettivi ordinamenti degli Stati – e in tal senso sono «originarie» – e restano tali anche quando il loro esercizio sia soggetto a obblighi che indirettamente lo condizionano. La fallacia della teoria che concepisce gli obblighi internazionali come produttivi di restrizioni della sovranità è autorevolmente messa in luce dalla prassi e dalla migliore dottrina⁶⁶.

In altre parole, i poteri legislativi, giudiziari ed esecutivi degli Stati non sono delegati né octroyés dal diritto internazionale. L'indipendenza (e la sovranità) nel senso fattuale spiegato non è ristretta neppure dalla partecipazione di uno Stato a una organizzazione, internazionale o «sovranazionale» che sia. In entrambi i casi – sino a quando non si dia una vera e propria federazione – è soltanto questione di

⁶⁶ La CPGI ha statuito nel caso *Wimbledon (Series A, No. 1, 25)*: «The Court declines to see, in the conclusion of any treaty by which a State undertakes to perform or refrain from performing a particular act, an abandonment of its sovereignty. No doubt any convention creating an obligation of this kind places a restriction upon the exercise of the sovereign rights of the State, in the sense that it requires them to be exercised in a certain way. But the right to enter into international engagements is an attribute of State sovereignty».

Secondo l'arbitro del caso *Island of Palmas (Reports of International Arbitral Awards, II, 829 ss., 838)*, «Sovereignty in the relations between States signifies independence. Independence in regard to a portion of the globe is the right to exercise herein, to the exclusion of any other State, the functions of a State. The development of the national organization of States during the last few centuries, and, as a corollary, the development of international law have established this principle of the exclusive competence of the State in regard to its own territory in such a way as to make it the point of departure in settling most questions that concern international relations».

Come detto da AKEHURST, *A Modern Introduction to International Law*, London, 1982, 43-44: «When international lawyers say that a state is sovereign, all they really mean is that it is independent, that is, that it is not a dependency of some other state. They do not mean that it is in any way above the law. It would be far better if the word "sovereignty" were replaced by the word "independence". In so far as "sovereignty" means anything in addition to "independence" it is not a legal term with any fixed meaning, but a wholly emotive term».

Qui si dubita, invero, che il termine abbia un senso esclusivamente «emotivo». In quanto sinonimo di indipendenza, come intesa nel testo, la parola sovranità suona pienamente accettabile come descrizione dello status di una comunità e del suo governo rispetto ad ogni altro ente o potere. Vedasi, sul tema, *Le domaine réservé* ecc., citato nella bibliografia.

obblighi, cioè di mere restrizioni di libertà. La distinzione fra limitazioni di libertà e limitazioni di sovranità – purtroppo ignorata sempre più spesso da studiosi di diritto internazionale e costituzionale (non soltanto a proposito della CE e dell'UE) – è lucidamente espressa nell'opinione di Anzilotti riguardante il parere della CPGI nel caso *Customs Union between Germany and Austria*⁶⁷, e a nostro avviso resta ben ferma.

16. *I dati raccolti come conferma della natura fattuale della persona internazionale dello Stato.*

Per concludere, i dati quali la «mancanza» di legittimazione internazionale degli Stati sul piano *interindividuale*, la «mancanza» di strutturazione degli Stati sul piano internazionale-*interindividuale*, la «mancanza» di personalità internazionale *diretta* degli individui, si chiarificano e si confermano a vicenda. Tutti quanti si riassumono nella natura fattuale dell'indipendenza (= sovranità esterna); e tutto ciò dimostra che, diversamente dalle persone giuridiche e altri enti autonomi di diritto interno – e diversamente dalla persona giuridica dello Stato stesso nel senso del diritto interno – le persone internazionali degli Stati non sono, contrariamente all'assunto corrente, persone giuridiche, e in tal senso giuridicamente artificiali, ossia «fatte di diritto». Esse sono accolte dal diritto internazionale quali entità collettive fattuali storicamente date, in senso comparabile, come sopra notato, all'assunzione come soggetti degli esseri umani (da parte del diritto nazionale) quali entità biologicamente date⁶⁸.

⁶⁷ *Series A/B, No. 41, 57-58*. Il dictum della Corte è riportato in RUDA, *The Opinions of Judge Anzilotti and the PCIJ*, in *European Journal of International Law*, 1992, 102-122, in partic. 110-111.

⁶⁸ Su tale punto è utile considerare il seguente passo del Kelsen:

«La naissance et la mort des individus sont bien des problèmes biologiques, mais en tant que conditions de conséquences juridiques, ce sont aussi des faits juridiques, déterminés par l'ordre juridique. En n'imposant d'obligations et en ne donnant de droits qu'aux êtres vivants nés et constitués d'une certaine façon, le droit interne détermine ce fait qu'on appelle l'individu au sens de l'ordre juridique.

Le droit des gens ne provoque pas davantage la naissance et la fin des Etats que le droit étatique ne provoque la naissance et la mort des individus. Mais en attachant

Ciò indica che lo Stato nel senso del diritto internazionale non è né l'ordinamento giuridico (nazionale) di Kelsen, né l'«istituzione» giuridica interindividuale di Santi Romano. Esso è l'ente fattuale che, sotto l'azione normativa del diritto della comunità statale e altri fattori storico-sociologici (esterni e interni) – ma non comparabili a un'azione normativa del diritto internazionale sul terreno interindividuale – gestisce le relazioni esterne della comunità. Sono invero gli enti di questa specie – non già le società statali, le comunità ovvero i loro ordinamenti giuridici – che compongono la base sociale del diritto internazionale⁶⁹.

Resta dunque ferma la conclusione che l'inesistenza della comunità universale di diritto pubblico – chiaramente denunciata dai quattro ordini di dati raccolti – determina fra le comunità umane l'una rispetto all'altra, una discontinuità, un vuoto di diritto pubblico sul terreno interindividuale universale⁷⁰. A causa di tale vuoto gli individui appartenenti alle varie comunità non sono legati, né prima né dopo la formazione degli Stati, da una alleanza a un ordine supremo collocato al di sopra degli aggregati ai quali storicamente appartengono. «Le varie comunità politiche, a loro volta, benché organizzate normativamente ciascuna entro la cerchia propria, sono strutturate e si sviluppano in guisa tale da non far corpo giuridico fra loro e da non

à un fait social ou sociologiquement déterminé, comme conséquence de droit, la validité d'un ordre juridique dans un certain domaine territorial et personnel – et encore d'autres conséquences de droit –, il détermine le fait "Etat" au sens du droit international» (*Théorie générale du droit internationale public, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1932, IV, 117-351, 263).

Secondo il commento di tale ambiguo passo proposto in *Dualism*, cit., 962-963, in nt. 84, Kelsen sembra riconoscere («Le droit des gens ne provoque pas davantage la naissance et la fin des Etats que le droit étatique ne provoque pas la naissance et la mort des individus») una perfetta analogia della nascita di uno Stato (come soggetto di diritto internazionale) con quella di un essere umano come soggetto di diritto nazionale. Ma non è chiaro cosa Kelsen intenda esattamente con la frase «[le] droit international détermine le fait "Etat" au sens du droit international». Un tentativo di spiegazione trovasi in *Dualism*, cit., nt. 84, sopra citata: «déterminer», in francese come in italiano, significa tante cose. *Déterminer* che un bambino è nato può solo significare l'accertamento del fatto avvenuto. *Déterminer le fait "Etat"* può anche significare, trattandosi di Kelsen, qualcosa (o molto di più) di constatare o accertare.

⁶⁹ *Contra*, sembra, ALLOTT, *Eunomia*, Oxford, 1990, *passim*, spec. 332-333 e 393.

⁷⁰ Vedasi *Rapporti contrattuali*, 89 ss., e *Dinamica*, cit., 122 ss.

presentarsi, dal punto di vista dell'umanità intera, come articolazioni di un ordine interindividuale universale. Giuridicamente – anche dal punto di vista dei singoli – quelle comunità sono ciascuna fine a se stessa. Ciascuna costituisce per le altre, e per gli uomini che ne fanno parte, una cittadella chiusa dal punto di vista del diritto degli uomini; non già qualcosa che *debba* per tutti gli uomini esistere sotto una certa forma di organizzazione e *debba* (per tutti gli uomini) svolgere determinate funzioni. Esiste in fatto, puramente e semplicemente»⁷¹.

Prima di passare agli ulteriori dati concernenti l'identificazione dello Stato è indispensabile considerare l'impatto della dottrina – specie quella italiana – concernente il rapporto tra diritto internazionale e diritto interno. Solo dopo aver valutato tale impatto si potrà, anche alla luce del confronto con i cosiddetti soggetti «sui generis» e l'esame dei pretesi «elementi costitutivi» (sez. VII), definire la fattuale corporeità della persona internazionale dello Stato.

⁷¹ «Stati e altri enti. Soggettività internazionale», in *NN.D.I.*, XVIII, Torino, 1971, edito indipendentemente con il titolo *Diritto internazionale e personalità giuridica*, Bologna, 1972 (e vari anni seguenti).

Lo conferma il fatto che non risulta siano esistiti in passato, e esistano oggi, principi universali dai quali si desuma come – per tutti gli uomini – debbano essere governati quegli ambiti spaziali-personali in cui non si diano organizzazioni statali. Nessun ente, in ambiti siffatti, è destinatario delle norme del diritto internazionale, anche quando esso sia preso in considerazione da dette norme come oggetto di diritti/obblighi di Stati inter se.



V

INCOERENZA DELLA NOZIONE DOMINANTE DELLO STATO NEL SENSO DEL DIRITTO INTERNAZIONALE CON LA TEORIA DUALISTA

SOMMARIO: 17. *La Zwei Seiten Theorie nella visione di Dionisio Anzilotti e dei suoi successori. Significative contraddizioni e ammissioni.* – 18. *Incompatibilità della teoria delle due facce con la concezione dualista, a) riguardo alle fonti convenzionali e alla consuetudine, b) riguardo alla condizione dei sudditi degli Stati.*

17. *La Zwei Seiten Theorie nella visione di Dionisio Anzilotti e dei suoi successori. Significative contraddizioni e ammissioni.*

Benché contraddetta dalla realtà, la nozione dello Stato come persona giuridica e faccia esterna dello Stato del diritto interno, professata dal Kelsen e dai suoi seguaci, ha almeno il pregio della coerenza. Ci si riferisce alla coerenza della *Zwei-Seiten Theorie* con la concezione monista del rapporto fra diritto internazionale e ordinamenti nazionali. Naturali, entro quella teoria, sono le due facce, e due facce entrambe giuridiche. La teoria delle due facce fa invece a pugni, si deve riconoscerlo, con la teoria di Heinrich Triepel e Dionisio Anzilotti, e dei loro successori, la quale vede una netta separazione fra diritto internazionale e ordinamenti nazionali; e non considera i secondi sistemi derivati o direttamente subordinati al primo.

I fondatori del dualismo si erano invero ben presto resi conto che la posizione da loro giustificatamente assunta in merito al rapporto fra gli ordinamenti imponesse una sorta di *vindicatio in libertatem* del



diritto internazionale per quanto riguardava la personalità giuridica⁷²: e in tale direzione essi erano riusciti a muovere alcuni significativi passi. Assai rilevante è stata anzitutto la loro ammissione che una cosa è la personalità dello Stato in base al diritto nazionale – cioè in base al diritto interno di quello Stato o di qualsiasi altro Stato – altra cosa la personalità dello Stato in base al diritto internazionale. Conformemente all'assunto dualista/pluralista, secondo cui il medesimo e unico fatto (un ente, nel caso in parola) può esser caratterizzato in maniera distinta (ed eventualmente differente) ad opera di sistemi giuridici diversi, la prima non implica necessariamente la seconda e viceversa. Gli stessi autori hanno anche giustamente riconosciuto come la personalità internazionale non sia fenomeno riguardante esclusivamente gli Stati. Essa si estende a entità indipendenti o quasi indipendenti diverse dagli Stati, quali, all'epoca, i Dominions, i partiti insurrezionali (vere e proprie antitesi rispetto agli Stati), o la Santa Sede. La vindicatio di Anzilotti si è spinta sino ad ammettere (rispetto ai dominions e alle colonie indipendenti) che «si l'on veut parler d'Etats dans le droit international, et l'usage de ce mot a certainement des avantages, au moins de simplicité, il doit être bien clair que ce sont les Etats du droit international, non ceux de la sociologie, de l'histoire, ni non plus du droit public interne: l'Etat, pour le droit international, vaut en tant que destinataire des normes et en tant que sujet de l'ordre juridique, que cette conception coïncide ou ne coïncide pas avec celle qui est propre aux autres disciplines»⁷³: dove sembrerebbe che già nell'opinione di Anzilotti persino la Santa Sede (o la Chiesa romana), ovvero un Dominion britannico o una colonia indipendente potessero essere considerati, ai fini del diritto internazionale, alla stregua di Stati: v., *infra*, sez. VI).

I dualisti hanno pure ben visto – meglio che non i monisti ancorché forse in maniera non sufficientemente penetrante – che tanto ai fini della conclusione dei trattati quanto ai fini dell'attribuzione della responsabilità da illecito, per non parlare di altre materie, il diritto internazionale non «dipendeva» – almeno non interamente – dal diritto interno dello Stato. Si ammetteva così per esempio: (i) che lo

⁷² ANZILOTTI, *Cours de droit international*, (trad. Gidel), 1929, 125.

⁷³ *Ibid.*

Stato può essere internazionalmente vincolato da un accordo concluso in difformità dalle norme interne sulla stipulazione dei trattati; e (ii) che uno Stato potrebbe esser responsabile per violazione del diritto internazionale per effetto del comportamento di individui non appartenenti alla compagine organizzativa stabilita dal diritto interno (v., *infra*, sez. IX). L'aver ammesso ciò certamente implica una coincidenza quanto meno imperfetta fra la struttura dello Stato ai fini del diritto nazionale e la struttura del medesimo dal punto di vista del diritto internazionale.

Anzilotti ha altresì ben percepito la distinzione della condizione della persona internazionale dello Stato nel diritto internazionale non soltanto rispetto alla condizione giuridica dello Stato all'interno del proprio ordinamento, ma anche rispetto alla condizione giuridica di uno Stato all'interno di qualunque altro ordinamento nazionale nel cui ambito esso stabilisca rapporti giuridici con soggetti di diritto pubblico o privato. A tale riguardo egli osserva: «il n'est pas difficile de voir que dans ces cas le mot "Etat" désigne un *sujet juridique différent* de celui auquel se réfère le même mot en droit international. Ici, comme dans beaucoup d'autres occasions, la considération de l'*identité de substance du substratum de fait, qui sert de base à la personification* (ce type donné d'organisation sociale), a prévalu sur les exigences d'une considération rigoureusement normative, laquelle est le propre de la science du droit qui, partant du concept que la personnalité exprime une corrélation entre *une entité et un ordre juridique déterminé*, ne peut pas voir *deux sujets différents là ou le langage commun semble en désigner un seul*»⁷⁴: dove non potrebbe essere più chiaro che l'ente al quale diritto internazionale e diritto interno attribuiscono separatamente la personalità è postulato come unico e identico: e che si tratti – da entrambe le facce, secondo Anzilotti – del cosiddetto substratum della persona giuridica (interna) dello Stato.

Allo stesso proposito Anzilotti equiparava ambigualmente la condizione dello Stato estero ospite a quella di un «particulier quelconque» o di un «individu quelconque», insomma alla condizione di una persona privata e parlava, come si è visto, di «sujets» o «sujets juri-

⁷⁴ *Cours*, cit., 54. Corsivi aggiunti.

diques» differenti⁷⁵. Tale distinzione era corroborata dallo stesso autore là dove (in un paragrafo in cui confrontava trattati e atti legislativi nazionali), dopo aver ricordato che «l'Etat lui même» è soggetto al diritto dello Stato ospitante, sottolineava: «le mot "Etat" indiquant alors le sujet d'un ordre juridique interne déterminé et partant un sujet différent de l'Etat sujet de droit international»⁷⁶.

Orbene, benché tutto ciò costituisca una significativa raccolta di tratti differenziali fra «Stati del diritto interno» e «Stati nel senso del diritto internazionale» – e ben altre differenze si possono rilevare⁷⁷ – gli autorevoli scrittori qui ricordati non hanno ritenuto necessario verificare in quale misura l'ente cui il diritto internazionale attribuisce la personalità coincida con l'ente personificato nel diritto nazionale. A tale riguardo tutti i dualisti – Anzilotti in testa – hanno dato o danno per scontato che l'ente-persona sia il medesimo su entrambi i versanti e che l'unica differenza risieda nella diversa personalità, interna o internazionale, di cui l'ente gode, ossia nella diversa scaturigine – diritto nazionale o diritto internazionale – di tali personalità.

Ancor più esplicito, se possibile, Donato Donati, autore della teoria della «persona reale dello Stato»: «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»⁷⁸.

I dualisti, in altre parole, assumono che l'ente dotato di personalità internazionale sia semplicemente la faccia esterna dello Stato del diritto interno⁷⁹. Un Giano bifronte – il substratum di Anzilotti o la

⁷⁵ *Cours*, cit., 55.

⁷⁶ *Cours*, cit., 405.

⁷⁷ *Gli enti*, cit., spec. 30-39 e 373 ss.

⁷⁸ *Stato e territorio*, Roma, 1924, 2.

⁷⁹ Esempi di adesione alla *Zwei-Seiten Theorie* si rinvencono in altri dualisti, quali Perassi, Ago, Ballardore Pallieri, Quadri e Giuliano. Secondo PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, Roma, 1942, 45-46: «(...) per uno Stato la personalità di diritto internazionale è una qualifica che gli è data dall'ordinamento giuridico internazionale e non presiste rispetto a questo. Per analoghe considerazioni è da scartarsi la proposizione, che concepisce la personalità internazionale dello Stato come connessa necessariamente con la sua personalità di diritto interno. Una tale interpretazione in tanto potrebbe essere sostenibile in quanto si considerassero le due personalità come due semplici direzioni di un'unica personalità, dipendente da un unico ordinamento giuridico: ma

«persona reale» di Donati – le cui due facce sono ciascuna dotata di personalità, una internazionale, l'altra di diritto interno. È questa, per l'appunto, la versione dualista della *Zwei Seiten Theorie*.

Benché le due personalità siano pensate come distinte, l'intera scuola dualista è tuttavia praticamente unanime, come gli autori monisti, nel concepire la persona internazionale dello Stato, al pari dello Stato del diritto interno, come persona giuridica. Secondo Roberto Ago, per esempio: «les sujets [du droit international] sont constitués précisément par les plus typiques et les plus parfaites des personnes juridiques, par les personnes juridiques par excellence, c'est-à-dire par les Etats»⁸⁰.

essa non è sostenibile se l'ordinamento internazionale e quello interno di ciascuno Stato si considerano, come è da farsi, come due ordinamenti diversi e fra loro distinti».

Più esplicitamente nello stesso senso Ago, secondo il quale occorre «tenere chiaramente distinti i soggetti dei due ordinamenti. Ciò non significa già che questi ultimi non possano rispettivamente considerare come propri soggetti i medesimi enti di fatto, cosa possibilissima e che in realtà si verifica. Ma significa invece, che malgrado l'identità dell'ente di fatto, i due soggetti su di esso creati dai due ordinamenti rimangono del tutto distinti, e non è in alcun modo lecito confonderli» (*Lezioni di diritto internazionale*, Milano, 1943, 50-51, corsivi nostri). Analogamente «bifronti» sono le posizioni di altri autori riconducibili al concetto di «persona reale dello Stato» elaborato dal DONATI (*La persona reale dello Stato*, *RDPU*, 1921, I, 1-22) ed espresse da QUADRI, *La sudditanza nel diritto internazionale*, Padova, 1935, 34-49 e «Stato», in *N.D.I.*, XII, Torino, 1940, 810 ss., nonché dal GIULIANO, *op. cit.* Sulla teoria delle «due facce» della scuola dualista vedansi le precisazioni di PALMISANO, *Colpa dell'organo*, cit., 623-755, spec. 663-664 (con nt. 106), 679 (con nt. 152, 680-681).

⁸⁰ *Le délit international*, in *Recueil des Cours*, 1939-II, 462. Tale tesi si trova confermata sia in numerosi altri passi di quest'opera, sia in altri lavori dello stesso autore. In un linguaggio meno drastico il concetto dello Stato di diritto internazionale come persona giuridica sembra accolto dal TRIEPEL, *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, in *Recueil des Cours*, 1923, 77 ss., 97. Un elenco degli innumerevoli studiosi che aderiscono alla medesima nozione può leggersi nelle due pagine della nt. 4 in *Gli enti*, cit., 26-27.

La posizione espressa da Ago nel 1939 sembra alquanto temperata nei suoi rapporti e progetti di articoli riguardanti la c.d. «imputazione» allo Stato di fatti internazionalmente illeciti (v., *infra*, sez. IX). Secondo il PALMISANO, *Colpa dell'organo*, cit., 647, nt. 64, la concezione di Ago circa la natura dello Stato come persona internazionale sarebbe stata, nel 1971-1972 «più vicina a quella dell'A.-R. che non a quella di persona giuridica “per eccellenza” [da lui] sostenuta nel 1939». Il Palmisano cita in proposito *Yearbook of the International Law Commission*, 1971, II, Part One, 228, nt. 75. Una più chiara ammissione da parte del Relatore Ago (1971) dell'avvenuto

18. *Incompatibilità della teoria delle due facce con la concezione dualista, a) riguardo alle fonti convenzionali e alla consuetudine, b) riguardo alla condizione dei sudditi degli Stati.*

Ne conseguiva che la teoria dualista si fondava, come tuttora essa si fonda per la maggior parte dei suoi sostenitori, su teoremi e assunti

mutamento d'avviso sarebbe stata sicuramente più illuminante per chi scrive. Non chiara è infatti la diversa posizione (rispetto al 1939) che Roberto Ago avrebbe assunto nel suo Terzo Rapporto alla Commissione del Diritto Internazionale (CDI) citato dal Palmisano. In quel documento il Relatore Speciale sembra accogliere esplicitamente (nota 75 al par. 57) la nostra dimostrazione dell'infondatezza della nozione della persona internazionale dello Stato come persona giuridica. In secondo luogo, e in coerenza con il rigetto di detta nozione, l'Ago approva quella che egli chiama la nostra «critique efficace de l'idée suivant laquelle l'organisation de l'Etat sujet de droit international serait une organisation établie par le droit international» (nt. 204 al par. 117 dello stesso Rapporto). Si direbbe dunque, sin qui, che il Maestro, dal quale molto abbiamo appreso, si sia approssimato al nostro modo di vedere la persona internazionale ancor più di quanto stimato da Giuseppe Palmisano. In sostanza, si direbbe, Ago avrebbe abbandonato del tutto la sua posizione del 1939 secondo la quale la persona internazionale dello Stato sarebbe stata un ente morale, sinonimo, come sopra avvertito, di persona giuridica. Anche secondo Ago si sarebbe trattato di un ente di fatto dal punto di vista del diritto internazionale, come tale e solo come tale elevato a persona. Non sembra però, a ben guardare, che tale sia il caso.

Precisando (nella citata nt. 75) la sua posizione riguardo al primo punto, l'Ago scrive, sulla suggestione, forse, della alquanto ambigua espressione «persona giuridica *in senso tecnico*» adoperata dal Giuliano [corsivo nostro], che «(l')expression “personne morale” n'est pas employée ici [ossia nel testo del par. 57 al quale la nt. 75 si riferisce] *en sens technique strict* du terme [corsivo nostro], mais uniquement par opposition à celle de “personne physique” pour indiquer *une entité collective ne pouvant agir qu'en se servant de l'action d'individus humains* [corsivo ancora nostro]. Au sens *technique strict* du terme, *l'Etat n'est pas une personne morale du droit international, mais uniquement du droit interne* [corsivo nostro]»: e l'Ago rinvia, al riguardo, a GIULIANO, *La comunità cit.*, 241 et suiv., «et surtout Arangio-Ruiz [*Gli enti*], p. 26 et suiv., 96 et suiv., 378 et suiv.».

Pur avendo appena ribadito (con questi ultimi riferimenti a un preteso concetto non strettamente tecnico di ente morale) quello che a prima vista potrebbe sembrare un pieno abbandono della posizione del 1939, l'Ago prosegue tuttavia, nel par. citato e nella nota appena successiva alla 75, rilevando nel testo che «l'Etat, *en tant que personne morale*, n'est pas physiquement capable d'avoir un comportement», e aggiungendo, nella nt. 76, citazioni di autorevoli studiosi (dal Marinoni allo Strupp, all'Anzilotti, al Kelsen, al Perassi e al Wengler), i quali tutti non solo avvalorano quanto detto nel testo al quale la nota si riferisce – ossia che lo Stato non può agire né volere

– a partire dal dualismo/pluralismo degli ordinamenti giuridici e sino alle distinzioni delle fonti, dei soggetti o dei «campi di applicazione»

senza servirsi di individui i cui comportamenti siano ad esso «imputati» – ma affermano pure recisamente che l'«imputazione» di un fatto alla persona internazionale dello Stato non possa essere opera *che del diritto, e precisamente del diritto internazionale*. Con questo discorso unito alle ricordate citazioni – discorso da riprendere più avanti a proposito dell'agire e del volere della persona internazionale (par. 27 ss., *infra*) – l'Ago contraddice il peculiare significato da lui dato (nella citata nt. 75) al termine «personne morale» da lui adoperato (nel senso, se bene intendo, di «ente collettivo» bisognoso in quanto tale di servirsi, per il suo volere e agire, di individui) quando precisa che gli essere umani... validamente operanti per conto dello Stato soggetto internazionale *sarebbero determinati dal diritto internazionale*. Punto cruciale, quest'ultimo, al quale l'Ago enfaticamente aggiunge, invocando, *inter alia*, l'autorità di Dionisio Anzilotti, che «[l']imputazione giuridica si distingue... nettamente dal rapporto di causalità...», e che «[i] n'y a pas d'activités de l'Etat qui puissent se dire "siennes" du point de vue d'une causalité naturelle et non pas d'un rattachement juridique...».

Essendo evidente che l'Ago si riferiva in tali passaggi alla persona internazionale (e non già alla persona interna) dello Stato, sembra chiaro che l'Ago sia rimasto fedele, almeno sino all'epoca del citato Terzo Rapporto, alla sua idea del 1939 che la persona internazionale dello Stato sia persona giuridica (ovvero ente morale) il cui volere e agire dipenderebbe dall'attribuzione ad essa dei comportamenti di individui o gruppi *determinati, per l'appunto, dal diritto internazionale*.

Più che difficile sembra invero impossibile accettare l'idea che si diano due o tre specie di persone giuridiche: quelle in senso comune, quelle in senso tecnico ed eventualmente quelle in senso non strettamente tecnico; e ancora più difficile accettare l'idea che la persona internazionale dello Stato non sia persona giuridica ma sia ciononostante persona morale e «entité collective» (di fatto) ad un tempo. Se Mario Giuliano conosceva siffatte distinzioni, gli sarebbe stato facile spiegarle. E visto che non le aveva spiegate il Giuliano sarebbe stato opportuno che fossero spiegate nel momento in cui l'Ago ne prospettava una così importante applicazione alla Commissione delle Nazioni Unite per il Diritto internazionale (*infra*, par. 27 ss.). Quanto all'ente collettivo (di fatto) – non identificabile in alcun senso plausibile con l'ente morale (né in senso «non tecnico» né in senso «stretto») – l'attribuzione ad esso (alias «imputazione») di comportamenti di persone fisiche non sembra proprio poter aver luogo se non in via di fatto. Vedasi *infra*, parr. 27 ss., spec. 29-30). [Restando fermo beninteso, per quanto ci riguarda, che neppure per le persone giuridiche è corretto parlare, come notato sopra (par. 5) di «imputazione» (giuridica) dei fatti o atti degli agenti. Il diritto imputa o attribuisce o, se si vuole, imputa, le situazioni giuridiche conseguenti].

Significativamente divergente da quella qui criticata è la posizione di Gaetano Morelli, il quale, pur usando il termine «persona giuridica» nella parte iniziale del

rispettivi – il cui elemento chiave è proprio quella nozione dello Stato nella quale, come ripetutamente rilevato, i monisti rinvergono il prin-

capitolo delle sue *Nozioni*, cit., dedicato ai soggetti (dove il termine è forse usato genericamente come sinonimo di persona di – o in – diritto) (*ivi*, 107), descrive poi insistentemente gli Stati (*qua* soggetti internazionali) come «entità storico-politic[he]» (*ivi*, 137-138) «concretamente esistent[i] come entità di fatto» (*ivi*, 120), sottolineando ripetutamente la natura fattuale della formazione degli Stati quali persone internazionali (*ivi*, 120-128). Benché anche il Morelli parli degli Stati come «enti astratti» (*ivi*, 183), sembra che l'«astrattezza» venga da lui considerata (visto che egli definisce gli Stati come «entità storico-politiche») non già come l'operazione (giuridica) effettuata dal diritto nella creazione di un ente morale, bensì unicamente come l'operazione logica di chi consideri un ente collettivo come unità, distinta sia dall'essere umano sia dalla persona giuridica in senso proprio. Non è forse privo di significato che anche Perassi, il quale pure ripetutamente parla dello Stato ai sensi del diritto internazionale come di «ente astratto» – prima facie sinonimo di persona giuridica – non usi il termine «persona giuridica», né nell'*Introduzione*, né nelle *Lezioni*.

Una certa incongruenza si riscontra invero nell'affermazione di Morelli per cui l'organizzazione di Stati (a effetti giuridici internazionali) sarebbe in qualche modo regolata dal diritto internazionale (*ivi*, 183 ss., spec. 186 ss.), in quanto tale posizione implica una certa analogia con l'organizzazione di persone giuridiche. Prevale tuttavia alla fine l'approccio fattuale giacché Morelli sottolinea che «l'ordinamento internazionale prende esclusivamente in considerazione [ancorché nel quadro del discutibile concetto di imputazione giuridica (*supra*, sez. II)] l'organizzazione di fatto dei suoi soggetti» (*ivi*, 188 ss.). Ciò trova conferma nelle stesse parole di Morelli per il quale «Gli Stati acquistano la personalità internazionale mediante un procedimento analogo a quello mediante il quale la personalità è attribuita negli ordinamenti statali a individui umani» (*ivi*, 127). Parimenti significativo è che il Morelli sembri riluttante (*ivi*, 237 ss., spec. 239 e 241 s.) a impiegare il concetto di persona giuridica per le organizzazioni internazionali, le quali godono, in base al diritto internazionale, a nostro avviso, di una personalità meramente primaria, analoga a quella degli Stati e di altre persone primarie (cioè non giuridiche) quali i partiti insurrezionali, i comitati nazionali, i movimenti organizzati di liberazione nazionale e la Santa Sede (*Rapporti contrattuali fra Stati e organizzazione internazionale, per una teoria dualista dell'organizzazione internazionale*, AFS, 1950, CXXXIX, 7-158, alle pp. 130-137; e *The Federal Analogy*, cit., 1-28, 15-18, e *infra* par. 35, punto c).

Riserve sulla caratterizzazione degli Stati quali persone giuridiche sono state formulate – nonostante l'adesione alla *Zwei-Seiten Theorie* del Donati – da GIULIANO, *La comunità internazionale*, cit., 241 ss., 253. Vedasi anche GIULIANO-SCOVAZZI-TREVES, *Diritto internazionale. Parte generale*, Milano, 1991, 96 e nt. 32. Tuttavia, persino il Giuliano, il quale bene intuiva, pur senza dimostrarlo, che lo Stato-persona internazionale non sia persona giuridica in senso tecnico, soggiace alla teoria delle due facce,

cipale argomento contro la teoria della separazione fra diritto internazionale e diritto interno⁸¹.

E invero, se lo Stato nel senso del diritto internazionale fosse lo stesso ente Stato del diritto interno – o, quantomeno, persona giuridica al pari di quest'ultimo – la separazione sostenuta dai dualisti fra diritto internazionale e diritto interno ne risulterebbe, più che oscurata, costretta in una contraddizione irriducibile. Anche coloro che non condividono la tesi kelseniana che identifica la persona giuridica con il suo ordinamento – nozione qui condivisa per quanto riguarda lo Stato e ogni altra persona giuridica di diritto nazionale (v., *supra*, sezz. II e III) – non nutrono dubbi in merito alla continuità sistematica dell'ordinamento dell'ente morale con il sistema giuridico nazionale entro il quale l'ente morale è personificato. Concepire la persona internazionale dello Stato come ente morale è pertanto inconciliabile con il dualismo. Se pensato come analogo agli ordinamenti delle persone giuridiche e degli altri enti più o meno autonomi di diritto nazionale, l'ordinamento giuridico dello Stato – il cui fondamento di legittimità non potrebbe essere collocato, *ex hypothesi*, che nel diritto internazionale – sarebbe caratterizzato unicamente da un più elevato grado di «autonomia», nel senso sopra evocato, nella scelta dei mezzi e dei modi idonei a coinvolgere giuridicamente i propri sudditi e agenti. La stessa evanescenza si estenderebbe a ogni altro teorema del dualismo.

a) Per iniziare con le fonti, verrebbe meno la distinzione fra le «volizioni», i «comportamenti» o l'opinione, quali fonti del diritto interno di uno Stato, e le «volizioni», i «comportamenti» o l'opinione di due o più Stati quali fonti del diritto internazionale. Se lo Stato fosse realmente una istituzione giuridica – meglio, ordinamento giuridico – interindividuale per il diritto internazionale come per il diritto interno, la persona internazionale dello Stato sarebbe non più fattuale e non meno giuridica della persona dello Stato nel diritto interno. Un trattato fra gli Stati A e B non differirebbe essenzialmente da un atto legislativo interno di A e B. Analogamente ai contratti di lavoro collettivi o a un'intesa fra due Stati membri di una federazione, il

e in particolare alla nozione del soggetto internazionale come ente di governo, al pari della «persona reale» di diritto nazionale.

⁸¹ *Dualism*, cit., 939 ss., spec. 966-981, e riferimenti *ivi*.

trattato sarebbe atto giuridico in base a un ordinamento «totale» ricomprendente, in una pretesa struttura universale «decentralizzata», i sudditi e le organizzazioni degli Stati contraenti⁸². E una volta che gli Stati fossero concepiti come ordinamenti giuridici interindividuali, verrebbe meno anche ogni distinzione fra diritto consuetudinario internazionale e interno.

b) È appena necessario sottolineare come la stessa cosa dovrebbe dirsi della distinzione *ratione personarum*, ovvero di quella distinzione *ratione materiae* la quale altro non è se non un corollario della distinzione *ratione personarum*. Una volta che la persona internazionale dello Stato fosse concepita come ordinamento giuridico, sarebbe impossibile dubitare della personalità internazionale degli individui, delle persone giuridiche pubbliche o private e di ogni altro ente dipendente. Da ogni diritto od obbligo internazionale di uno Stato scaturirebbero indirettamente ma giuridicamente, grazie al supposto meccanismo automatico costituito dal sistema giuridico dello Stato, diritti, obblighi, e ogni altra situazione giuridica di privati, di agenti e di ogni altra persona di diritto interno. Fra la maniera in cui gli individui sarebbero giuridicamente coinvolti nei diritti e negli obblighi degli Stati, da una parte, e la maniera in cui essi sono giuridicamente coinvolti nei diritti ed obblighi degli enti morali di diritto interno, dall'altra parte, rimarrebbe soltanto una differenza di grado. Non vi sarebbe quel salto qualitativo né quella discontinuità che giustamente vengono tenuti fermi nella teoria dualista⁸³.

È dunque alla luce della nozione corretta di persona giuridica (in quanto opposta alle concezioni che rozzamente la intendono come

⁸² È questo l'argomento sollevato da J. KUNZ nella sua recensione in *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1955, 105 ss.

⁸³ La ricordata concezione dualista dello Stato nel senso del diritto internazionale quale volto esterno di un unico substratum (come indicato nel passo di Anzilotti citato *supra*, e come implicito nella nozione di «persona reale dello Stato», parimenti bifronte, di Donati), appare inestricabilmente connessa al concetto discutibile di persona giuridica – in particolare la persona dello Stato – espressamente o tacitamente professato dai citati dualisti. Mi riferisco al sopra contestato concetto apparentemente dominante di persona giuridica – privata o pubblica, compreso lo Stato del diritto interno – quale ente «collettivo» o entità «diversa dagli esseri umani», vale a dire alla nozione di persona giuridica quale ente corporeo o ideale *dato*.

entità corporea) che deve determinarsi la natura di quegli enti – Stati ed enti indipendenti «diversi dagli Stati» (i cosiddetti soggetti sui generis) – che costituiscono la base sociale del diritto internazionale: materia strettamente legata all’alternativa monismo/dualismo⁸⁴.

La differenza fra la persona internazionale e la persona interna dello Stato si manifesta in maniera lampante, per concludere, nella sopra riportata ipotesi Anzilottiana di uno Stato che agisca all’interno dell’ordinamento giuridico di altro Stato. È chiaro che lo Stato ospite è soggetto, in tale ipotesi, all’ordinamento giuridico dello Stato ospitante non già come ente di fatto né come persona internazionale bensì nella qualità di persona giuridica riconosciutagli da quell’ordinamento.

⁸⁴ Secondo Kelsen (*General Theory*, cit.), 376-378: «This absurd consequence [cioè la distinzione dello *Staat im Sinne des Völkerrechts* dallo Stato nel senso del diritto interno] is not accepted by the pluralists» (*General Theory*, cit., 377); «the pluralists assert that the international and the national personality of the State are distinct ... but they mean only that the same identical State has both an international and a national personality, just as a human being has both a moral and a juristic one» (*ivi*). Ho sopra spiegato che la tesi qui sostenuta è diversa. Non si tratta del «same identical State»

Come Kelsen pure chiarisce, i dualisti (o pluralisti) «visualize the State as a solid, space-filling body, with an interior structure and exterior relations to other objects»; e aggiunge: «When we try to find the thought behind the metaphor, or to formulate it without employing a metaphor, we arrive at the conclusion that the thought is wrong» (*General Theory*, cit., 364). A p. 377 Kelsen rigetta la nozione di Stato come «superhuman individual». Se quest’ultima, sgraziata definizione, sia preferibile a quella di «entità collettiva fattuale» o più semplicemente «potenza» poco importa. È soltanto questione terminologica *infra*, par. 22 in fine. Ciò che importa (ai fini del dibattito monisti-dualisti) è la natura manifestamente fattuale dell’ente dal punto di vista del diritto internazionale.





VI

I SOGGETTI DIVERSI DAGLI STATI (COSIDDETTI SUI GENERIS)

SOMMARIO: 19. *Estensione della ricostruzione ai cosiddetti «soggetti non-Stati» (o sui generis). Natura parimenti fattuale delle persone internazionali relative.* – 20. *Natura della personalità della Chiesa Cattolica (Santa Sede) dal punto di vista del diritto internazionale. Rapporto Santa Sede (Chiesa Cattolica)-Stato della Città del Vaticano. Convalida della fattualità delle persone degli Stati e dei soggetti sui generis.* – 21. *Conferme ulteriori: la personalità «sui generis» dei partiti insurrezionali.* – 22. *Inconsistenza della collocazione dei soggetti «sui generis» nell'ambito di un preteso ius inter potestates o altro settore distinto del diritto internazionale. Il diritto della società degli Stati come diritto delle relazioni fra potenze, quali formazioni indipendenti da ogni entità superiore.*

19. *Estensione della ricostruzione ai cosiddetti «soggetti non-Stati» (o sui generis). Natura parimenti fattuale delle persone internazionali relative.*

La impropria nozione del soggetto internazionale come persona giuridica esercita un impatto negativo non trascurabile sulla distinzione fra soggetti-Stati e soggetti-non-Stati: dove per non-Stati si intendono i soggetti per lo più classificati come «sui generis». Mi riferisco a entità quali i partiti insurrezionali, i movimenti di liberazione, i governi in esilio, la Chiesa cattolica e le organizzazioni internazionali dotate di personalità.

La generale estensione a tali enti, come per gli Stati, della qualità di persone giuridiche o enti morali eretti, e non già meramente personi-



ficati, dal diritto internazionale, si traduce più o meno esplicitamente nell'idea che fra le due categorie (Stati e non-Stati), nonché fra ciascuna specie di soggetto sui generis e ciascuna delle altre, si diano – sempre in base al diritto (internazionale) che li personifica – differenze di funzioni o di capacità assimilabili o quantomeno accostabili alle diversificazioni esistenti fra le persone giuridiche private e pubbliche (Stato compreso) negli ordinamenti nazionali. Implicita o esplicita in tale concezione, e nell'accostamento che ne consegue alle distinzioni funzionali fra persone giuridiche degli ordinamenti nazionali, si trova l'idea che il diritto internazionale qualifichi, attivamente e costitutivamente, sia gli Stati sia i non-Stati, etichettando, per così dire, ciascun ente o specie a seconda della funzione o la specializzazione che gli competerebbe: ossia i soggetti Stati come «Stati», dotati per l'appunto, secondo una terminologia frequente nelle opere di lingua inglese, della statehood (vale a dire di una funzionale «statualità»), e i non-Stati i quali sarebbero dotati, anziché della statehood, di etichette altrettanto costitutive quali «partito insurrezionale», «movimento di liberazione», «governo in esilio», «Chiesa cattolica»: enti questi detti sui generis perché dotati – sempre ad opera del diritto internazionale – di una certa pretesa specializzazione al confronto con gli Stati, nonché ciascuno al confronto con l'altro o gli altri. Questa teoria fa tutt'uno con la insostenibile concezione funzionale della persona internazionale dello stesso Stato (v., *infra*, par. 23)⁸⁵.

20. *Natura della personalità della Chiesa Cattolica (Santa Sede) dal punto di vista del diritto internazionale. Rapporto Santa Sede (Chiesa Cattolica)-Stato della Città del Vaticano. Convalida della fattualità delle persone degli Stati e dei soggetti sui generis.*

Uno dei più caratteristici fra i cosiddetti «sui generis» sarebbe, per esempio, la Chiesa Cattolica. Questo ente, denominato anche Santa

⁸⁵ Riferimenti bibl. in *Dinamica*, cit., *passim*. Chiare esemplificazioni in tema di soggetti “diversi dagli Stati”, nel citato lavoro di A. MIELE, su *I soggetti* (nt. 54, *supra*), 45-77.

Sede, sarebbe sui generis anzitutto in considerazione della sua vocazione e funzione spirituale, diversa da quella (temporale) degli Stati; in secondo (e terzo) luogo perché difetta oppure ha difettato in certi periodi, di territorio e di popolo nel senso in cui ne sono dotati gli Stati. Come tale, ma specie in considerazione del carattere spirituale della sua vocazione, la Chiesa romana sarebbe soggetto a titolo speciale. Tanto speciale da collocarsi come soggetto a sé stante rispetto a qualunque entità od organismo di ordine temporale (ossia di tipo statale) che ad essa si sia trovata o si trovi in fatto collegata, o che da essa in qualche modo dipenda. Tale sarebbe stato il caso dello Stato pontificio sino al 1870 e dello Stato della Città del Vaticano dal 1929. Da cui un'ulteriore conseguenza: che, quali che siano le attività di tipo statale o temporale svolte dalla Chiesa (ovvero Santa Sede), l'ente in parola non sfuggirebbe mai a quella certa giuridica destinazione internazionale che lo erigerebbe a soggetto «spiritualmente sui generis».

Come spiegato altrove⁸⁶, la giuridica specialità della Chiesa romana (o Santa Sede) non ha più fondamento della pretesa natura giuridica (anziché meramente fattuale) della persona internazionale di uno Stato. Certo, l'oggetto delle situazioni giuridiche internazionali di diritto od obbligo facenti capo alla Chiesa (o Santa Sede) è spesso diverso dall'oggetto delle situazioni solitamente facenti capo a uno Stato (questioni di culto, di nomina di dignitari ecclesiastici, trattamento dei ministri del culto e delle loro sedi, ecc.). Ed è ugualmente indubbio che la Chiesa romana sia almeno oggi estranea a situazioni tipiche dei rapporti fra Stati, quali le alleanze militari; e peculiari sono anche i temi toccati da quegli accordi internazionali conclusi dalla Santa Sede che sono denominati concordati (fermo restando tuttavia il nome comune di trattato che viene dato ad altri strumenti pattizi cui la Santa Sede pure partecipa, come il trattato del Laterano del 1929 o lo Statuto dell'Unione postale universale). Sembra tuttavia improprio qualificare come «spiritualmente» sui generis, vuoi le situazioni giuridiche internazionali poste in essere da un concordato, vuoi le immu-

⁸⁶ *Dinamica*, cit., 43-48 e *On the Nature of the Legal Personality of the Holy See*, *Revue belge de droit international*, 1996, 354-396.

nità spettanti alla Santa Sede ed ai suoi nunzi: situazioni giuridiche internazionali altrettanto temporali e punto spirituali proprio come sono temporali e non spirituali negli ordinamenti nazionali i contratti di acquisto o locazione di immobili oppure di acquisto di corrente elettrica, di candele o di incenso, ancorché i beni di cui trattasi siano adibiti a finalità di culto o altrimenti religiose. Altrettanto improprio sarebbe parlare di «incapacità» della Chiesa cattolica (o Santa Sede) di partecipare ad alleanze o ad azioni militari. La storia ci dice altrimenti: e sarebbe comunque scorretto confondere le scelte neutralistiche o pacifistiche attuali della Chiesa con divieti o restrizioni alla Santa Sede imposti dal diritto internazionale. Al pari dei diritti e degli obblighi internazionali della Chiesa romana, anche la sua capacità giuridica internazionale non ha nulla di spirituale; essa è altrettanto temporale quanto quella degli Stati.

Meno che mai sembra giustificata, in diritto internazionale, la distinzione (benché valevole nel diritto pubblico della Chiesa e in altri ordinamenti) che studiosi autorevoli mantengono fra il soggetto Chiesa cattolica o Santa Sede e il soggetto Stato pontificio o Città del Vaticano. La Santa Sede è l'organo supremo del soggetto Chiesa cattolica e il Vaticano con il suo territorio e la sua popolazione è uno strumento della Santa Sede. La Santa Sede (o Chiesa cattolica) è, insomma, per il diritto internazionale, una potenza fra le potenze. Come par fra pares – e in fatto, per certi aspetti, più che una par – partecipa delle (temporali) relazioni rette dal (temporale) diritto internazionale.

21. Conferme ulteriori: la personalità «sui generis» dei partiti insurrezionali.

Quanto detto qui o altrove in merito alla pretesa qualifica internazionale della Santa Sede o Chiesa cattolica come ente spirituale vale per un certo verso a maggior ragione per altri cosiddetti «sui generis», tutti collegati prima o poi con soggetti-Stati o destinati a diventare Stati o governi di Stati. È qui ancora più evidente l'equivoco determinato dalla nozione degli Stati come provinciae totius orbis e della qualificazione funzionale di Stati e non-Stati.

Vada pure per l'idea che il diritto internazionale si interessi tanto di distinguere le cose dell'anima da quelle del corpo da qualificare la

Santa Sede – agli effetti dei rapporti giuridici (temporali!) internazionali – come soggetto «per lo spirituale». Ma se sulla stessa via che porta a una concezione siffatta s’incontra l’idea che i partiti insurrezionali sono enti morali internazionali funzionalmente destinati dal diritto – internazionale – all’insurrezione e alla guerra civile (e sarebbero soggetti comunque precari anche se destinati a diventare eventualmente «governo di fatto locale» o «generale» di uno Stato), sembra evidente che la teoria dei soggetti internazionali come persone giuridiche funzionalmente qualificate è, più che infondata, assurda.

Tornando ai soggetti Stati e alla pretesa statehood come qualifica giuridica internazionale di tali soggetti, anche quel concetto – di una... statualità attribuita dal diritto internazionale – presupporrebbe che il diritto internazionale fosse il diritto della comunità giuridica del genere umano anziché il diritto delle relazioni internazionali fra enti indipendenti da un ordine interindividuale superiore. Come già spiegato, non si danno nel diritto internazionale – nonostante la presenza in esso di *State or government making or un-making (or building) norms or principles* – norme o principi che erigano Stati attribuendo loro funzioni e poteri nei riguardi dei sudditi. Funzioni e poteri sono dagli Stati esercitati sempre a titolo originario e regolate dal diritto interno anche quando, come sempre più spesso accade, funzioni e poteri formano oggetto di obblighi internazionali positivi o negativi. Altrettanto va detto per i cosiddetti enti sui generis dei quali abbiamo testé considerato i due più significativi⁸⁷.

22. *Inconsistenza della collocazione dei soggetti «sui generis» nell’ambito di un preteso ius inter potestates o altro settore distinto del diritto internazionale. Il diritto della società degli Stati come diritto delle relazioni fra potenze, quali formazioni indipendenti da ogni entità superiore.*

A fortiori sembrano da respingere le costruzioni che tendono addirittura (come quelle del de Taube, del Verdross e di altri autori) a

⁸⁷ Altri soggetti non-Stati (o *sui generis*) sono trattati in *Dinamica*, cit., 39-53 e 148-176.

collocare le relazioni attinenti ai soggetti cosiddetti sui generis entro ordini giuridici ovvero settori o norme del diritto internazionale diversi dal settore ove si collocano le relazioni fra gli Stati: sia esso lo «*ius inter potestates*» del de Taube oppure il diritto internazionale «in senso lato» del Verdross⁸⁸. Una distinzione di tal fatta⁸⁹ sarebbe logica nell'ambito di un diritto pubblico dell'umanità nel cui seno fossero istituzionalizzati (nel senso spiegato) gli Stati ed eventuali varie specie di Stati, da una parte, e gli enti di natura non statale dall'altra parte. Entro un sistema del genere non vi sarebbe ragione di escludere, per es., l'esistenza di una specie di diritto *ecclesiastico* internazionale – nel senso di diritto internazionale dei rapporti fra Stati e Chiesa – nel quale trovassero collocazione i fenomeni giuridici attinenti all'attività internazionale della Chiesa cattolica (e magari di altre Chiese). Di un tale sistema non si vede, per il momento, alcuna traccia.

Una volta constatata poi l'insostenibilità della distinzione in parola – nonché delle qualifiche giuridiche funzionali corrispondenti – l'idea di un «*droit entre pouvoirs*» degli Stati e dei non-Stati offre piuttosto uno spunto prezioso proprio per la nozione dei soggetti Stati e del diritto internazionale tutto intero. Anche gli Stati, per l'appunto, una volta messa da parte l'impropria loro nozione di facce esterne delle persone giuridiche nazionali corrispondenti, non sono, per il diritto internazionale, altro che «*pouvoirs*» (o, più esattamente, «*centres de pouvoir*»); nel senso, però, non già di enti dotati di potestà di governo, nozione di diritto interno non proponibile per la cosiddetta «faccia» esterna dello Stato, bensì nel senso di enti che non si riconoscono ed effettivamente non hanno altri sopra di sé:

⁸⁸ DE TAUBE, *La situation internationale actuelle du Pape et l'idée d'un «droit entre pouvoirs»* (*ius inter potestates*), in *Archiv. F. Recht u. Wirtschafts-philosophie*, I (1907-1908), spec. 364 ss., e riferimenti *ivi* al Verdross ed al Fiore. Di norme singolari parla in sostanza, se ben comprendo, lo SPIROPOULOS, *Traité théorique et pratique de droit international*, Paris, 1932, 43.

⁸⁹ O del genere di quella proposta da ROMANO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Pisa, 1922, 167 ss. (sulla quale BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale ecclesiastico*, Padova, 1940, 37 ss.): distinzione che si giustificherebbe nell'ambito di un diritto interstatale inteso come «diritto pubblico esterno».

«potenze» dunque (powers, puissances), non «potestates»⁹⁰. Giacché l'intero diritto internazionale – quello, beninteso, delle relazioni fra Stati – è, a rigore, un «diritto fra potenze»: definizione che gli si attaglierebbe tecnicamente meglio dell'usuale ma poco appropriato (e non del tutto innocuo) «ordinamento internazionale»⁹¹.

⁹⁰ Improprio il termine «potentati», da me usato *passim* in *Dinamica*, cit., come sostitutivo occasionale di «potenze». Vedasi invece *Dualism*, cit., 964, nt. 89.

⁹¹ Sull'improprietà del termine «ordinamento» (anche dal presente autore usato tempo addietro), vedasi, ora, *Dualism*, cit., 997-998, spec. nt. 142.



VII

LA PERSONA INTERNAZIONALE DELLO STATO NELLA SUA CORPOREITÀ

SOMMARIO: 23. *La persona internazionale dello Stato alla luce del rigetto della cosiddetta composizione «ternaria»: a) il territorio, b) il popolo, c) l'ordinamento giuridico.* – 24. *Conclusiva distinzione della persona internazionale dello Stato dalla persona giuridica dello Stato nell'ordinamento nazionale.*

23. *La persona internazionale dello Stato alla luce del rigetto della cosiddetta composizione «ternaria»: a) il territorio, b) il popolo, c) l'ordinamento giuridico.*

Tolta di mezzo l'arbitraria nozione della persona internazionale dello Stato e di ogni non-Stato come persona giuridica, e in tal senso ente astratto, resta da individuare e definire la persona internazionale dello Stato (nonché, mutatis mutandis, di ciascuno “non-Stato”) nella sua corporeità. Va qui anzitutto respinta la vecchia concezione cosiddetta «ternaria» dello Stato articolata sui tre elementi del territorio, della popolazione e della «potestà di governo» ovvero l'ordinamento in senso più o meno stretto.

Anche qui dobbiamo ritornare brevemente ad un datato discorso, tenuto a suo tempo specie sulla scorta di Donato Donati, Santi Romano, Tomaso Perassi e Ballardore Pallieri, tenendo presenti tuttavia i dati essenziali sin qui individuati riguardo alla natura internazionalmente fattuale, anziché giuridica, delle persone internazionali degli Stati e degli stessi “non-Stati”. È infatti sia dalla dimostrazione di

detta fattualità, sia dalla testé reiterata contestazione della pretesa specialità – giuridica internazionale – delle persone internazionali diverse da quelle degli Stati, che si desumono, riguardo a territorio, popolo e ordinamento, dati essenziali che sfuggono anche ai più avveduti fra gli autori sin qui menzionati.

a) La non costitutività del territorio per la persona internazionale dello Stato è dimostrata da dati indiziari ricavabili dai comportamenti degli Stati riguardo al territorio e dall'evoluzione storico-dottrinale del rapporto Stato territorio; nonché da dati decisivi indotti dal confronto fra Stati e i cosiddetti soggetti sui generis.

Il primo dei due dati indiziari, rilevato, fra gli altri, dal Donati, dal Gemma e dal Ballardore Pallieri, sta nel fatto che gli Stati si scambiano, vendono o concedono ad altri l'uso del territorio considerandolo evidentemente non già come una parte della propria persona bensì come un bene. A tale dato va aggiunta, per l'appunto, la differenza radicale fra il rapporto con territorio instaurato riguardo agli enti pubblici territoriali degli ordinamenti nazionali, ordinamenti che – siano essi unitari o federali – ovviamente fanno del territorio un elemento degli enti territoriali medesimi. Una volta dimostrato che le persone internazionali degli Stati – e quelle dei cosiddetti sui generis – non sono creazioni del diritto internazionale, ossia non sono provinciae territoriali del diritto internazionale, mal si comprenderebbe che tale diritto tutelasse l'esclusività dell'appartenenza del territorio ai suoi soggetti (ossia l'integrità territoriale) altrimenti che come un diritto su un oggetto esterno alla persona. Quanto all'indizio storico, ci si limita a ricordare l'osservazione del Donati che «il rapporto dello Stato rispetto al territorio, che nel diritto interno... ha perduto completamente i lineamenti suoi propri nel periodo feudale, non li ha perduti ma li ha invece fundamentalmente conservati nel diritto internazionale»⁹².

Venendo al dato a nostro avviso decisivo, la prova che il territorio non è internazionalmente costitutivo risiede nel confronto fra soggetti Stati e non-Stati. Il Donati ricorre anche ad esempi molto datati o scarsamente probanti quale lo Stato ateniese sulle navi a Salamina e

⁹² DONATI, *Stato e territorio*, Roma, 1924, 123: qualche precisazione a proposito di tale rilievo trovasi in *Dinamica*, cit., alla fine del par. 28, 67-68.

lo Stato nomade. Esempi calzanti sono invece i governi in esilio della Prima guerra mondiale (ricordati dal Donati stesso), nonché quelli della Seconda guerra mondiale. Ma agli esempi offerti da quell'acuto Maestro vanno specialmente aggiunti tutti i cosiddetti soggetti sui generis – dalla Santa Sede, priva di territorio dal 1870 al 1929, ai partiti insurrezionali, non di rado dotati precariamente di territorio, ai movimenti di liberazione, i quali almeno all'inizio non dispongono sempre di una base territoriale: esempio egregio di quest'ultimi l'OLP, con le sue vagazioni⁹³.

b) Quanto al popolo – riguardo al quale è istruttivo risalire come per il territorio all'epoca feudale-patrimoniale – il problema non differisce molto da quello del cosiddetto elemento considerato sin qui⁹⁴. Anche qui il Donati e il Marinoni giustamente colgono l'indizio costituito dalla natura dei rapporti intercorrenti fra Stati riguardo ai rispettivi sudditi. Tali rapporti sono assimilabili più a diritti/obblighi relativi a oggetti esterni alla persona dello Stato che non a quell'elemento costitutivo che la popolazione di uno Stato rappresenta dal punto di vista del diritto interno: dove quell'elemento è presupposto a un tempo dell'ordinamento (ossia, per noi, dello Stato stesso) nonché della personalità giuridica e delle funzioni di governo.

La crescente attenzione del diritto internazionale per i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali (compreso fra questi il diritto all'autodeterminazione di popoli e minoranze) – attenzione che ha per oggetto il comportamento dello Stato verso i sudditi – non modifica la natura «privatistica» delle relazioni interstatali attinenti al trattamento dei sudditi rispettivi, neppure nel numero crescente dei casi nei quali il trattamento degli individui è oggetto di sindacato amministrativo o giudiziario di organi internazionali. La nazionalità, segno fondamentale del legame sudditi/Stato, resta nell'ambito del diritto pubblico interno di ciascuno Stato, e rileva sul terreno internazionale solo

⁹³ Vedasi F. MARCELLI, *Gli accordi fra Israele e l'OLP nel diritto internazionale*, *RDI*, 1994, 430 ss. e G. GUARINO, *Personalità giuridica di diritto internazionale: il caso dell'OLP*, in *St. Arangio-Ruiz*, 2004, I, 85-130, spec. 94 ss., 111 ss., nonché A. MIELE, *I soggetti*, cit., 92-105.

⁹⁴ Come per il territorio si rinvia a *Dinamica*, cit., 75-92 per l'esame della varie teorie.

fattualmente come condizione dell'esistenza di situazioni di diritto/obbligo fra Stati, restando, nonostante tali condizionamenti, materia di dominio squisitamente riservato di ciascuno Stato anche quando la sua attribuzione formi oggetto di obblighi positivi o negativi nei rapporti fra due o più Stati⁹⁵. Indizio di estraneità del popolo alla persona internazionale dello Stato è anche quello implicito nella teoria della «persona reale» dello Stato di Donato Donati. Benché tale teoria sia troppo semplicisticamente applicata alla persona internazionale come a quella interna – e comunque a nostro parere erronea riguardo alla seconda⁹⁶ – è ad essa che risale la concezione del soggetto-Stato di diritto internazionale come organizzazione di governo professata dal Ballardore Pallieri, dal Quadri, dal Giuliano e da numerosi altri autori. Ciò non basta però, a nostro avviso, ad avvalorare senz'altro la conclusione dell'estraneità del popolo alla persona internazionale corporeamente intesa. Per la ragione spiegata altrove⁹⁷, ogni persona internazionale statale «reale» resta legata a una base sociale umana – e in tal senso a un popolo – indipendentemente dalla quale essa non è concepibile come mera organizzazione sino a quando non si provi per altra via, a conferma degli indizi considerati sin qui, la sufficienza del solo elemento umano attivo a costituire la persona.

Anche qui dunque la prova decisiva sta nel confronto fra le persone internazionali degli Stati e le persone internazionali cosiddette sui generis. Considerata infatti la permanente o temporanea carenza, in tali enti, di un popolo in senso proprio, la tesi della costitutività del popolo si potrebbe salvare solo con la teoria, sopra confutata, di una diversità funzionale giuridicamente sancita dal diritto internazionale per i soggetti cosiddetti sui generis. Come sopra spiegato, tali soggetti non sono, al pari degli Stati stessi, persone giuridiche più o meno specialmente qualificate dal diritto internazionale in senso funzionale (con pretese conseguenti capacità o incapacità da tal diritto sancite). Qualsiasi loro «specialità» è giuridicamente tale soltanto dal punto di vista del diritto interno di ciascun ente o del diritto nazionale di Stati determinati. Sul piano del diritto internazionale la specialità non va

⁹⁵ *Domaine réservé*, cit., XII, spec. 439 ss.

⁹⁶ Ancora, su tal punto, v., *infra*, par. 24.

⁹⁷ *Dinamica*, cit., 76 ss.

oltre la mera fattualità. Al pari del territorio, il popolo è dunque oggetto esterno rispetto alla persona internazionale dello Stato, e come tale esso figura nelle situazioni giuridiche soggettive internazionali ad esso afferenti.

c) Resta il preteso elemento normativo, dai più incluso come terzo fattore della cosiddetta composizione «ternaria».

Sul terreno delle singole società nazionali l'ordinamento giuridico è tanto essenziale per l'esistenza dello Stato e della sua nozione da identificarsi totalmente, almeno per noi (come per Kelsen), con la persona giuridica corrispondente: creatura, questa, come detto sopra (sez. III) del diritto della comunità nazionale.

Sul piano internazionale, dato che il diritto ivi operante è quello della *societas* degli Stati e non il diritto della comunità giuridica del genere umano, gli ordinamenti degli Stati – giuridici sul terreno delle singole comunità nazionali – sono sistemi normativi di mero fatto dal punto di vista del diritto internazionale, del quale non costituiscono, per l'appunto, derivazioni. Ne consegue che la persona internazionale di ciascuno Stato non è identificabile sul terreno internazionale per il semplice tramite dell'ordinamento nazionale medesimo né agli effetti della sua esistenza o continuità né a qualsiasi altro effetto dal diritto internazionale disposto. Certo non lo è nel senso, indubbiamente giuridico (e non meramente fattuale), nel quale il diritto nazionale identifica, tramite i rispettivi ordinamenti, le persone giuridiche corrispondenti, per esempio, agli enti pubblici territoriali.

Entro il sistema giuridico nazionale, la persona giuridica del comune prevale, ad ogni effetto, a cominciare dalla identità e continuità, su ogni situazione di fatto locale essenzialmente difforme, in quanto è lo stesso ordinamento nazionale che indica ai sudditi del comune a quali persone e alle norme da chi poste (e mediante quali procedure) essi siano tenuti a sottostare, in presenza, per esempio, di una organizzazione comunale illegittima che si opponga o pretenda di sostituirsi a quella legittima. Prevale, insomma, il comune legale anche se la organizzazione illegittima riuscisse a imporsi in loco in maniera assoluta: e ciò grazie al fatto che sopravvive, al di sopra dell'ordinamento del comune, l'ordinamento dello Stato dal quale l'ordinamento del comune deriva e trae vigore. In tal senso, per l'appunto, l'ordinamento del comune è elemento costitutivo essenziale del comune. E lo

stesso vale per l'ordinamento di un ente morale privato, di una provincia, di uno Stato membro di uno Stato federale. L'ordinamento nazionale (unitario o federale) resiste, in via di principio, a ogni illegalità mantenendo in vita, per l'appunto, l'ordinamento locale da esso derivato. È quanto presumibilmente accadde nello Stato federale americano allorché undici Stati dell'Unione formarono la ribelle Confederazione (1861-1865). Gli ordinamenti di quegli Stati, i cui «sostrati» partecipavano alla guerra civile, sopravvissero, si presume, quali ordinamenti derivati dal diritto federale, giuridicamente validi nell'ambito della Costituzione degli Stati Uniti.

Il diritto internazionale si comporta in tutt'altro modo. Se il partito insurrezionale si afferma con una relativa stabilità in una parte del territorio, il diritto internazionale riconosce un soggetto distinto in coesistenza di quello dello Stato dato, e non reagisce preservando la validità dell'ordinamento statale anche nella parte del territorio controllata dagli insorti («governo di fatto locale»). E se gli insorti conquistano il potere sull'intero territorio («governo di fatto generale»), il diritto internazionale non resiste tenendo fermo l'ordinamento preesistente, ma si piega alla nuova effettività⁹⁸. Privo di ogni forza normativa derivata dal diritto internazionale, l'ordinamento nazionale è solo, sul piano interno, l'aggregante che tiene insieme la società umana controllata dallo Stato-potenza e la struttura di questa come unità. Anziché elemento giuridicamente vivo, esso è solo un fattore *materiale* della persona internazionale dello Stato (o del cosiddetto «soggetto sui generis»).

24. *Conclusiva distinzione della persona internazionale dello Stato dalla persona giuridica dello Stato nell'ordinamento nazionale.*

Scartata l'idea di Stati elevati dal diritto internazionale a persone giuridiche, ossia a sue province, e messi da parte i tre pretesi elementi costitutivi, si tratta ora di definire la consistenza materiale, corporea, della persona internazionale⁹⁹. Per dirla ancora nei termini impropri

⁹⁸ Svolgimenti in *Dinamica*, cit., 95-97.

⁹⁹ Si precisa di non aver inteso sviluppare, trattando, anni or sono, della nozione della persona internazionale dello Stato, le idee di un particolare autore. Ribadiamo

di teoria dello Stato del diritto nazionale, quello che resta, una volta accantonati i tre elementi, è il fattuale *governo* o meglio la fattuale *organizzazione governativa indipendente*¹⁰⁰.

Benché tale nozione sia accostabile a prima vista alla nozione dello Stato in generale o dello Stato di diritto interno avanzata in Italia da Marinoni e da Donati¹⁰¹, ossia alla «persona reale dello Stato» dello stesso Donati e all'entità alla quale Mortati dà il nome di «Stato apparato» (contrapponendola allo «Stato-comunità»)¹⁰², essa è qui accettabile solo come nozione della persona *internazionale* dello Stato (ovvero Stato nel senso del diritto internazionale). Essa non vale, a nostro parere, come nozione *generale* dello Stato (*bonne à tout faire*) ovvero come nozione dello Stato di diritto nazionale in particolare¹⁰³. Nel diritto internazionale, il quale non crea lo Stato e non ne legittima né condiziona direttamente l'ordinamento e le funzioni, è ben giusto dire che il soggetto è organizzazione governativa indipendente, e in tale senso la «persona reale», nel senso di *entità corporea*. Ma la persona giuridica dello Stato del diritto nazionale o del diritto pubblico generale è per il presente autore non già l'entità corporea comunque denominata, bensì l'ordinamento nazionale, ovvero quella parte dell'ordinamento nazionale della quale la «persona reale» è, per il diritto interno, il cosiddetto «sostrato».

che i nostri debiti vanno specialmente ad Anzilotti per la vindicatio in libertatem del diritto internazionale riguardo alla nozione dei soggetti (*Gli enti*, cit., 16 ss., spec. 19-24) e al Kelsen per la teoria generale della persona giuridica e dello Stato del diritto interno; nonché – per la teoria della persona reale dello Stato, da noi non condivisa per la persona giuridica dello Stato nel diritto interno, ma certo illuminante – a Donato Donati [la nostra posizione riguardo a tale teoria trovandosi precisata *infra* parr. 18 e 23 (con le note 79 e 83)]. Cfr. QUADRI, recensione di *Dinamica*, in *La comunità internazionale*, 1955, 202-203, nonché *Diritto internazionale pubblico*, Palermo, 1968, 400, 425. La diversità della nostra posizione da quella del Quadri e di altri autori è rilevata da G. PALMISANO, *La colpa*, cit., 663-664 (in nt. 106) e 672, nt. 127.

¹⁰⁰ Anche qui si rinvia a *Dinamica*, cit., 99 ss.

¹⁰¹ DONATI, *La persona reale dello Stato*, *RDPu*, 1921, 5 ss.

¹⁰² MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 1955, 55.

¹⁰³ Dal punto di vista del diritto interno, la «persona reale» è per noi nozione *parziale e impropria*. Lo Stato del diritto interno è lo Stato-ordinamento di Kelsen, o tutt'al più, lo Stato-comunità del Mortati, ovvero, benché difficile da accettare, lo Stato-istituzione di S. Romano.

La persona di diritto internazionale corrispondente a uno Stato non è, dunque, a ben guardare, lo Stato¹⁰⁴. Il soggetto di diritto internazionale è altra cosa dalla persona giuridica dallo Stato nel diritto interno. Impropriamente alcuni autori attribuiscono alla persona internazionale dello Stato – influenzati ad un tempo dall'errata nozione delle persone giuridiche e dalla fallace teoria delle «due facce» – una «funzionalità» o «potestà [fattuale?] di governo» la quale ne giustificerebbe (come anche la statehood sopra menzionata) la personalità internazionale: quasi che la carenza o il mancato esercizio della «potestà di governo» mettesse in questione la personalità internazionale¹⁰⁵.

Quanto alla persona internazionale dello Stato, escluso che quest'ultima sia giuridicamente qualificata da norme di diritto internazionale se non meramente come soggetto di diritto, trattasi, per così dire, contrariamente a quanto si è visto sopra riguardo alla natura giuridica dello Stato del diritto nazionale, del fenomeno storico-sociale grezzo¹⁰⁶.

Resta il non facile problema di determinare meno approssimativamente tale nozione. In una certa misura soccorre l'ordinamento in-

¹⁰⁴ Si spera di ridurre, con questa precisazione, le preoccupazioni manifestate da M. MAZZIOTTI DI CELSO, recensione de *Gli enti*, *RDPu*, 1953, 153 ss. Lo Stato con il quale hanno a che fare i costituzionalisti è cosa diversa dallo Stato di cui si occupa chi studia il diritto internazionale. Meno facile, se non impossibile, sarà convincere del dualismo qui mantenuto, l'Amico Charles LEBEN, *L'Etat au sens du droit international et l'Etat au sens du droit interne (à propos de la double personnalité de l'Etat)*, in *St. Arangio-Ruiz*, 2004, I, pp. 131-167, del quale si rispetta naturalmente il rigoroso monismo.

Una specie di dualismo compatibile con quello di cui si parla nel testo è forse quello proposto da FRAENKEL, *The Dual State, a Contribution to the Theory of Dictatorship*, Oxford, 1941. Il contenuto di tale libro (a noi segnalato da Norberto Bobbio), trovasi brevemente descritto in *Dualism*, cit., 965, nt. 91.

¹⁰⁵ In tal senso, se ben comprendiamo, QUADRI, «Stato», in *N.D.I.*, XII, Torino, 1940, e *Diritto internazionale pubblico*⁵, Napoli, 1968, 440 ss.; GIULIANO, *op. cit.*, 237 ss.; e CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 12 ss. L'arbitrarietà di questa concezione trovasi contestata (oltre che ne *Gli enti*, cit., 399 ss., spec. 404-407) in *Dinamica*, cit., alle spec. 39, 54, nonché alle 35 ss., 11 ss., 119 ss. spec. 120-122. Respinge ora la suddetta concezione funzionale anche PALMISANO, «Stato (Soggettività internazionale)», in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese, VI, Milano, 2006, n. 7, 5709-5712

¹⁰⁶ V. *supra* parr. 20-23 e 24, a-c.

terno dello Stato, benché solo come ordinamento presuntivo di quelle che di regola sono le strutture dell'ente. Ma come vedremo a proposito della volontà e attività della persona internazionale, ci si deve rifare alla *situazione effettiva*, la quale prevale, in ogni caso, sulla interna legalità (sez. IX)¹⁰⁷.

¹⁰⁷ *Gli enti*, cit., 324 ss.





VIII

ACQUISTO DELLA SOGGETTIVITÀ E RUOLO DEL RICONOSCIMENTO

SOMMARIO: 25. *Natura non costitutiva del riconoscimento.* – 26. *Effetti giuridici del riconoscimento nei rapporti dello Stato riconosciuto con gli Stati riconoscenti.*

25. *Natura non costitutiva del riconoscimento.*

Accertato che la persona dello Stato è *data* per il diritto internazionale – ben diversamente *data* al confronto con la persona giuridica interna – anche il problema del modo di acquisto della personalità assume contorni più netti.

Cade anzitutto, insieme con la falsa analogia con gli enti morali interni, almeno uno dei possibili motivi di giustificazione logica della teoria del riconoscimento costitutivo. A dire il vero, anche per un ente dato potrebbe ben essere indispensabile, in linea logica o di diritto «positivo», un accertamento della formazione storicamente intervenuta¹⁰⁸. Dato però e non concesso che per il diritto internazionale – cioè per le norme che lo compongono o per una di esse – un accertamento del genere fosse veramente condizione dell'acquisto della titolarità di diritti, obblighi, facoltà o poteri, oppure della generica, astratta idoneità a tale acquisto¹⁰⁹, si potrebbe trattare, se quanto as-

¹⁰⁸ È logicamente ammissibile la nota tesi del Kelsen.

¹⁰⁹ È la ricordata tesi del KELSEN, *Principles of International Law*, 1952, 264 ss.



serito nei paragrafi precedenti è esatto, soltanto dell'accertamento del fatto dell'esistenza dell'ente, vale a dire dell'avvenuta sua formazione in fatto. Avremmo cioè un fenomeno assimilabile non tanto al riconoscimento legittimativo (e in qualche misura discrezionale) richiesto dal diritto interno per certe persone giuridiche, quanto all'atto certificativo o accertativo, diciamo così, anagrafico, al quale un ipotetico legislatore – strambo o totalitario come quello immaginato da Orwell¹¹⁰ – subordinasse l'acquisto di situazioni soggettive (o della qualità abilitante a tale acquisto) da parte di persone fisiche.

Ciò posto sembra confermato sul terreno teorico – almeno per l'ipotesi di un riconoscimento in funzione legittimativa – quanto risulta dalla prassi delle relazioni internazionali e dalla migliore dottrina: che cioè il riconoscimento non sia, per il diritto internazionale, condizione necessaria per l'acquisto della personalità¹¹¹.

¹¹⁰ Mi riferisco all'ORWELL di 1984.

¹¹¹ Si veda per tutti, MORELLI, *Nozioni*, cit., 1967, 120-128. Contro la costitutività del riconoscimento si è anche pronunciato l'*Institut de Droit international* nella sessione di Bruxelles, 1936, precisando: «La reconnaissance a un effet déclaratif. L'existence de l'Etat nouveau avec tous les effets juridiques qui s'attachent à cette existence n'est pas affectée par le refus de reconnaissance d'un ou plusieurs Etats» (*Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1936, II, 301). Poco convincente la difesa della tesi del riconoscimento costitutivo prospettata dal LAUTERPACHT, *Recognition in International Law*, Cambridge, 1947, *passim*, spec. 38-78 e da H. WALDOCK, *General Course of Public International Law*, Hague Rec., 1962, II, 146 ss. Il tema è trattato magistralmente da BRIGGS, *Recognition of States: Some Reflections on doctrine and practice*, *AJIL*, 43 (1949), 113-121, nonché in *The Law of Nations, cases, documents, notes*², New York, 1938, 65-193. Una analisi accurata delle varie teorie è quella di T. CHIANG CHEN, *The International Law of Recognition*, London, 1951, 13 ss., spec. 30 ss.

Pur rinviando alle opere generali per una più compiuta bibliografia, sembra utile menzionare ancora: C. ALEXANDROWICZ, *The Theory of Recognition in fieri*, *British Yearbook of International Law*, 1958, 176-198; I. BROWNLIE, *Recognition in Theory and Practice*, *ibid.*, 1982, 197-211; J. DUGARD, *Recognition and the United Nations*, Cambridge, 1987; J. CHARPENTIER, *Les déclarations des douze sur la reconnaissance des nouveaux Etats*, *Rev. gén. de Droit international public*, XCVI (1992), 343-355.

Sul caso peculiare di Formosa (Taiwan) si segnala V. STARACE, *Lo status giuridico di Formosa*, *RDI*, 1959; G. ARANGIO-RUIZ, *La questione cinese*, in *Studi in onore di T. Perassi*, I, Milano, 1957, 65-104; A. D'AMATO, *Purposeful Ambiguity as International Legal Strategy*, in *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century, Essays in the honour of K. Skubiszewski* (J. Makarczyk ed.), The Hague, 1996, 109-

La qualità di soggetto è acquisita dallo Stato per effetto diretto della sua storica esistenza come ente sovrano e della realizzazione degli elementi soggettivi di fattispecie normative, vale a dire delle condizioni soggettive alla presenza delle quali è subordinato dalle norme generali consuetudinarie (o almeno da una di esse) l'acquisto delle situazioni soggettive che ne derivano. Condizioni soggettive generali sono la sovranità-indipendenza e quel minimo di organizzazione che consente all'ente di volere e agire come unità.

26. *Effetti giuridici del riconoscimento nei rapporti dello Stato riconosciuto con gli Stati riconoscenti.*

Il fatto che uno Stato non sia riconosciuto da uno o più dei membri della convivenza giuridica internazionale o anche da nessuno di essi, influirà sull'intensità delle sue relazioni con altri Stati, sulla intensità della sua partecipazione al commercio giuridico, e in particolare di quella partecipazione a trattati o convenzioni senza la quale lo Stato dato non acquisterà situazioni giuridiche da diritto pattizio. È d'altra parte verosimile e storicamente provato che, specie per alcuni degli enti cosiddetti sui generis, il mancato riconoscimento ne renda più problematiche l'esistenza e le relazioni con altri soggetti; mentre ogni riconoscimento ottenuto ne rafforza invece la consistenza e le possibilità di sopravvivere. È comunque incontestabile che lo Stato non riconosciuto acquista ab initio le situazioni derivanti da diritto generale e delle quali – per le condizioni di fatto nelle quali si trova e per le attività che svolge – è titolare qualunque Stato preesistente e diverrebbe titolare uno Stato nuovo universalmente riconosciuto. Ciò vale, in primis, per le norme consuetudinarie che contemplano l'accordo fra enti sovrani e indipendenti come idoneo a creare norme vincolanti per le parti.

Si rinvia alla letteratura testé menzionata nella nt. 111 per la trattazione della natura unilaterale o bilaterale del riconoscimento, del suo carattere libero, dovuto o eventualmente illecito (premature re-

121; LUNG-CHU CHEN-M. REISMAN, *Who Owns Taiwan: A Search for International Title*, *The Yale Law Journal*, 81 (1971-1972), 599-671.

cognition), della sua forma espressa o tacita; per le distinzioni fra riconoscimento de iure e de facto, e individuale e collettivo; per il problema del riconoscimento nel quadro di organizzazioni internazionali; e specialmente per la non facile distinzione fra riconoscimento di Stati e riconoscimento di Governi. A proposito di quest'ultima distinzione ci limitiamo ad osservare che si possono avanzare su di essa seri dubbi almeno in relazione a certe ipotesi di mutamento rivoluzionario di regime. È infatti probabile che in certi casi il mutamento sia tale da importare «novazione» della persona internazionale.

Allo scopo di precisare la negazione qui fatta del valore costitutivo del riconoscimento agli effetti della soggettività, si ricorda che secondo la tesi più convincente il riconoscimento di un nuovo ente impegna di regola – salvo che risulti diversamente dall'atto di cui si tratta – il soggetto autore del riconoscimento verso l'ente riconosciuto (e se del caso verso altri) a non contestare la situazione riconosciuta¹¹².

¹¹² È questa la tesi del MORELLI, *Nozioni* cit., 128-130, ed è in questo senso che il riconoscimento ha effetti (giuridici) diversi da quelli meramente fattuali sopra rilevati. Secondo il *Restatement of the Law-Second (Foreign Relations Law of the United States)*, adottato dall'*American Law Institute* il 26 maggio 1962, St. Paul, Minnesota, 1965: «By an act of recognition, a state commits itself to treat an entity as a state or to treat a regime as the government of the state» (*ivi*, 303).



IX

AZIONE E VOLONTÀ DELLA PERSONA INTERNAZIONALE

SOMMARIO: 27. *Organicità del rapporto della persona internazionale con gli individui che ne esprimono la volontà o l'azione. Rigetto dell'analogia con il preteso «agire» e «volere» diretto degli enti morali e della persona giuridica dello Stato nel diritto nazionale.* – 28. *Analogia con l'attribuzione di attività o volontà alle persone fisiche.* – 29. *Notazioni sull'attribuzione dell'illecito come operazione fattuale. Rigetto della teoria della cosiddetta «imputazione giuridica» di fatti soggettivi alle persone internazionali.* – 30. *Considerazioni critiche e riflessioni sulla costruzione cosiddetta «normativa» del fenomeno nel progetto della CDI sulla responsabilità da illecito.*

27. *Organicità del rapporto della persona internazionale con gli individui che ne esprimono la volontà o l'azione. Rigetto dell'analogia con il preteso «agire» e «volere» diretto degli enti morali e della persona giuridica dello Stato nel diritto nazionale.*

La nozione del soggetto internazionale come persona data – contrapposta alla natura giuridica e artificiale degli enti morali interni – è essenziale per intendere i termini del problema della volontà e dell'attività dello Stato come soggetto di diritto internazionale a qualsiasi fine rilevante, e specie ai fini della competenza a stipulare i trattati¹¹³ e della attribuzione del fatto illecito¹¹⁴. Sviluppiamo qui brevemente,

¹¹³ *Gli enti*, cit., 324-332.

¹¹⁴ *Gli enti*, cit., 332 ss.



rinviano a datati scritti, il confronto effettuato e più volte ribadito fra gli *agenti* delle persone giuridiche interne e gli *organi* delle persone internazionali¹¹⁵.

La dottrina più diffusa in Italia continua a precludersi una nozione soddisfacente del fenomeno perché lo assimila a priori, più o meno compiutamente e deliberatamente, al problema della cosiddetta volontà e attività degli enti morali interni. Essa muove per giunta da nozioni improprie di questo stesso fenomeno, come quelle proposte dalle teorie organiche degli enti morali medesimi, nonché dal falso concetto d'imputazione giuridica di fatti ai soggetti in genere (par. 5 *supra*)¹¹⁶.

¹¹⁵ Per gli *agenti* delle persone giuridiche, *Gli enti*, cit., 121-170; per gli *organi* delle persone internazionali, *Gli enti*, cit., 319-71.

¹¹⁶ Si vedano, ad es., con gli altri autori già citati ne *Gli enti*, cit., 129-30, nt. 187 e 335 ss., note 390-475: ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, 1928, 227 ss.; DONATI, *La persona reale dello Stato*, *RDPu*, I, 1921, 10-11 e *passim*; AGO, *Le délit international (Recueil des Cours*, 1939, II, 48 [estr.]) e cit. ne *Gli enti*, cit., nt. 446; PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, Roma, parte I, 4^a rist. 1955, 102 ss.; MORELLI, *Nozioni*, cit., 1967, 183 ss.

Oltre a muovere dal dato, a nostro avviso inesatto, dell'attività giuridica soggettiva diretta delle persone giuridiche interne (causa l'impropria identificazione degli agenti con l'ente e l'imputazione dell'attività degli agenti all'ente medesimo), gli scrittori menzionati equiparano la persona internazionale dello Stato alle persone giuridiche interne. Tale equiparazione induce gli scrittori stessi da un lato a non vedere in tutta la sua portata la natura di fatto della persona internazionale e dall'altro lato a trarre implicito o esplicito argomento dall'attività diretta della persona internazionale a sostegno delle teorie organiche delle persone giuridiche interne (come fa il DONATI, *op. loc. ult. cit.*), oppure a spiegare impropriamente, con la falsa teoria dell'organizzazione degli enti morali come fatto storico, l'astensione del diritto internazionale dal regolare l'organizzazione degli Stati. La stessa equiparazione induce altri a configurare, come fa il PERASSI, quella «libertà di organizzazione degli Stati» nel diritto internazionale già commentata *supra*, par. 12 e nt. 51 (*Gli enti*, cit., 340, e per la critica, 345). Si veda, per es., il passo dell'AGO (*Le délit*, cit., 49 [estr.]) sopra riportato.

Pur riconoscendo la necessità di svincolarsi dallo schema della c.d. volontà e attività delle persone giuridiche, il BISCOTTINI (*Volontà e attività dello Stato* cit., spec. 4-8) si ferma a metà strada perché non si pone integralmente il problema critico e ricostruttivo della nozione della persona internazionale, e muove da una definizione non esatta dello stesso schema («volontà» e «attività» delle persone giuridiche interne) del quale pure intuisce l'inidoneità a inquadrare il fenomeno internazionalistico apparentemente analogo.

In verità sembra proprio che le teorie organiche, inaccettabili come si è visto (sez. II) per le persone giuridiche inferiori e per lo Stato del diritto interno, descrivano perfettamente il diretto agire e volere della persona internazionale dello Stato tramite qualsiasi individuo o insieme di individui in fatto operanti per lo Stato. In altri termini, volontà e attività delle persone internazionali vanno costruite organicamente non già sulla base di una pretesa analogia delle persone internazionali con i cosiddetti «enti collettivi» di diritto nazionale, bensì in base al dato costituito dal difetto di giuridicità internazionale dell'organizzazione delle persone internazionali degli Stati, e prima ancora tenendo conto del dato fondamentale che il diritto internazionale non è il diritto pubblico dell'umanità. La realtà è che l'esistenza di un rapporto fattuale fra individui agenti e persona internazionale è condizione necessaria e sufficiente, proprio come nel caso del nuncius, perché l'attività/volontà dell'agente o degli agenti sia da considerare in fatto attività/volontà dell'ente. Tutto quello che il diritto internazionale fa – se non gli si attribuisce arbitrariamente la funzione di imputare fatti alla persona internazionale – è stabilire quali attività, fra quelle in fatto proprie dell'ente, vale a dire da esso in fatto provenienti e ad esso come tali appartenenti, siano produttive di conseguenze giuridiche e quali¹¹⁷.

¹¹⁷ Come spiegato ne *Gli enti*, cit., 353 ss., spec. 360-371, «si deve estendere la teoria organica, dal punto di vista del diritto internazionale, a qualunque persona fisica che concorra a «integrare» il fatto giuridicamente rilevante del gruppo, ivi compreso *eventualmente* il privato cittadino o non cittadino» (corsivo aggiunto). Ciò non sembrava avvertito dal BISCOTTINI, *Volontà e attività dello Stato*, cit. (che pure giustamente valorizzava il criterio dell'effettività), allorché osservava che «è inconcepibile che il diritto internazionale possa considerare organo dello Stato chi tale non è in base alle norme che presiedono alla sua organizzazione» (ivi, 34). Pur combattendo la soggezione generale della dottrina allo schema della c.d. attività e volontà delle persone giuridiche, il Biscottini vi ricadeva ad un certo punto anche lui. Egli non vedeva a nostro avviso tutti i termini essenziali del fenomeno, forse perché non era pervenuto a quella nozione giuridica degli enti morali di diritto nazionale dalla quale si debbono invece prendere le mosse allo scopo di confrontare con essa le persone internazionali degli Stati.

La nostra posizione riguardo alla fattualità del fenomeno sembra condivisa da G. GAJA, *How does the European Community's International Responsibility relate to its Exclusive Competence?*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, II, Napoli, 2004, 747 ss., spec. 754.

28. *Analogia con l'attribuzione di attività o volontà alle persone fisiche.*

In buona sostanza, il problema del rapporto tra persona e fatto giuridico soggettivo (atto giuridico) si presenta in termini fondamentalmente analoghi al problema del rapporto tra persona fisica e fatto giuridico soggettivo nel diritto nazionale¹¹⁸. I due fenomeni si rassomigliano perché nel caso della persona internazionale dello Stato ci si trova di fronte a un rapporto fra persona (socialmente) composita e individui agenti: rapporto analogo, per la sua essenza fattuale, al rapporto tra persona fisica e organi fisio-psichici (oppure fra la persona fisica e il *nuncius*). Le differenze si risolvono, a ben guardare, tutte sul piano fattuale e si riducono essenzialmente: *a*) alla complessità fattuale della «fattispecie costitutiva» dell'atto della persona internazionale, la quale coinvolge sempre comportamenti di più individui; *b*) alla particolare complicazione della «fattispecie giuridica soggettiva internazionale» derivante dalla circostanza che singole azioni od omissioni individuali fra quelle concorrenti a comporre la volontà o l'attività della persona internazionale assumono non di rado rilievo giuridico autonomo nell'ordinamento nazionale, e che la serie dei fatti individuali costitutivi di una fattispecie giuridica soggettiva internazionale può interrompersi prima che risulti integralmente realizzata la fattispecie totale. Le figure più caratteristiche – come è ben noto¹¹⁹ – sono quelle che si ricollegano, in tema di responsabilità internazionale, alla «regola del previo esaurimento dei ricorsi interni»¹²⁰ ed alla cosiddetta responsabilità degli Stati per «fatti di privati». L'analogia dell'agire e del volere della persona internazionale dello Stato con l'agire e il volere della persona fisica contribuisce non solo a chiarire i problemi della stipulazione dei trattati e della responsabilità internazionale in generale ma anche a valorizzare gli “elementi soggettivi” degli

¹¹⁸ *Gli enti*, cit., 362-366.

¹¹⁹ *Gli enti*, cit., 365.

¹²⁰ Vedansi per tutti R. AGO, *La regola del previo esaurimento dei ricorsi interni in tema di responsabilità internazionale*, ADP, 1938, III, 5 ss. dell'estratto; G. GAJA, *L'esaurimento dei ricorsi interni nel diritto internazionale*, Milano, 1967; e J. CHAPPEZ, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes*, Parigi, 1972; e la bibliografia citata in TREVES, *Diritto internazionale, problemi fondamentali*, Milano, 2005, 494.

atti internazionali quali l'errore, il dolo e la colpa¹²¹. Nei due numeri che seguono si svolgono brevi considerazioni sull'attribuzione del fatto illecito. Per l'attribuzione della volontà agli effetti della inclusione dei trattati si rinvia a precedenti trattazioni¹²².

29. Notazioni sull'attribuzione dell'illecito come operazione fattuale. Rigetto della teoria della cosiddetta «imputazione giuridica» di fatti soggettivi alle persone internazionali.

Il tema dell'attribuzione è ripreso recentemente, facendo seguito alla conclusione (2001) dei lavori sulla responsabilità da illecito da parte della Commissione delle Nazioni Unite per il diritto internazionale (CDI), nel volume dedicato al tema dall'Università di Teramo¹²³. Dallo studio della parte di tale libro dedicata all'attribuzione si trae, a

¹²¹ Oltre a *Gli enti*, cit., 362 s. vedasi *Stati e altri enti*, cit., n. 30; nonché *L'Etat*, cit., 311-336; e *State Fault and the Forms and Degrees of International Responsibility, Questions of Attribution and Relevance* in *Mélanges Virally*, Paris, 1991, 25-41; e l'*Addendum* al nostro *Second Report on State Responsibility*, cit., par. 181-188.

Il nostro discorso sull'aspetto c.d. soggettivo dell'azione o volontà della persona internazionale dello Stato trovasi, come notato in *Stati e altri enti*, nt. 1 al n. 30 in fine, stranamente frainteso da M. R. SAULLE, *L'errore negli atti giuridici internazionali*, Milano, 1963, 214-215 (dove ci si fa dire esattamente l'opposto di quanto chiaramente si diceva ne *Gli enti*).

Ulteriori brevi sviluppi, specie riguardo alla confusione frequente fra attribuzione della responsabilità e la c.d. «imputazione» (rectius attribuzione), in *Dualism*, cit., 984-986 e note *ivi*.

Si segnala, specie riguardo all'attribuzione dell'aspetto c.d. soggettivo dell'illecito, il notevole contributo del PALMISANO, in *Colpa dell'organo*, cit., e in *L'aggravation*, cit., nonché, da ultimo, in «Stato (Soggettività internazionale)», cit., n. 4, 5706-5707. Siamo grati a tale autore per il rilievo, nel primo dei lavori citati, 687-688, nt. 160, di «una certa contraddizione, quanto meno apparente». La contraddizione è effettivamente apparente, e ce ne scusiamo. Anche per noi il fatto della persona internazionale dello Stato non è mai quello di un singolo agente.

¹²² *Gli enti*, cit., 324 ss., nonché FERRARI BRAVO, *Diritto interno e diritto internazionale nella stipulazione dei trattati*, Napoli, 1964. Si rinvia inoltre all'ampia bibliografia figurante in calce alla voce *Treaties, Conclusion and Entry into Force*, in R. BERNHARDT, *Encyclopedia of Public International Law*, IV, 2000, 932-935.

¹²³ SPINEDI-GIANELLI-ALAIMO (a cura di), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti, problemi e spunti di riflessione*, Milano, 2006,

mio avviso, notevole conforto alla suesposta tesi della natura fattuale del fenomeno. La casistica commentata e le conclusioni degli autori inducono a ritenere che lungi dall'essere basata su norme di diritto internazionale che regolino una giuridica «imputazione» del fatto alla persona internazionale dello Stato – come sostenuto dalla dottrina sopra criticata e fatta propria dalla CDI nel progetto del 1996 e in quello (conclusivo) del 2001 – l'attribuzione dell'illecito resta, nonostante la presenza nei due progetti di varie pretese/norme sull'attribuzione fondate sulla suddetta nozione della cosiddetta «imputazione» come operazione giuridica basata su norme internazionali – una mera operazione fattuale effettuata dal giudice, dagli Stati o dall'osservatore sulla base del fattuale collegamento del fatto o dei fatti individuali con la corporeità della persona internazionale dello Stato: vale a dire sulla base della causalità storico-sociologica (e dunque fattuale) e non su criteri determinati dal diritto internazionale¹²⁴.

30. Considerazioni critiche e riflessioni sulla costruzione cosiddetta «normativa» del fenomeno nel progetto della CDI sulla responsabilità da illecito.

La prevalenza del normativo asserita dalla CDI nel 1996 e nel 2001 (ma già nel 1978) è dovuta, oltre che all'ambiguo concetto della pre-

con interessanti contributi in tema di attribuzione di P. Palchetti, G. Bartolini, E. Savarese e M. Spinedi.

In alcuni di tali contributi, e specie in quelli di Marina Spinedi e Paolo Palchetti si trovano a mio avviso notevoli spunti a sostegno della natura fattuale della persona internazionale e dell'attribuzione dell'illecito. Altrettanto dicasi del recentissimo libro di PALCHETTI, *L'organo di fatto dello Stato nell'illecito internazionale*, Milano, 2007, interessante opera nella quale il presente autore ritiene di poter trovare tutto sommato più di un motivo per ritenere giustificata la teoria fattuale dell'attribuzione dell'illecito sostenuta nel testo. La tesi qui confermata trova conforto nei ricordati rilievi di G. GAJA, *How does the European Community's International Responsibility relate to its Exclusive Competence?*, cit., 754-755.

¹²⁴ Secondo la CDI, al contrario (nel suo commento al Capitolo II del Progetto adottato nel 2001), «The attribution of conduct to the State as a subject of international law is based on criteria *determined by international law and not by the mere recognition of a link of factual causality*» (corsivi aggiunti). Vedasi, su tale concezione, la nota 125, *infra*.

tesa «imputazione giuridica di fatti» sopra respinto e all'idea che il diritto internazionale preveda una siffatta operazione sulla base di norme di organizzazione delle persone internazionali degli Stati – norme che si è visto non esistere (*supra*, parr. 14, *a* e 23-24) – sulla ambigua interpretazione del ruolo che nell'attribuzione sarebbe esplicitato dal diritto nazionale di ciascuno Stato. Benché i dati emergenti dal diritto interno dello Stato non siano certo privi di rilievo per l'accertamento del legame esistente fra gli individui agenti e lo Stato, il legame giuridico che quasi sempre si ritrova nell'ordinamento dello Stato non è condizione né necessaria né sufficiente per l'attribuzione. Non necessaria perché, come confermano alcune delle stesse cosiddette norme adottate dalla CDI, è attribuibile allo Stato anche l'azione o l'omissione di persone che dal punto di vista del diritto nazionale sono organi di fatto, ossia non rivestono la qualità di agente dello Stato (nonché la competenza) secondo il diritto nazionale; non sufficiente perché la stessa circostanza che l'individuo o gli individui agenti siano investiti del titolo di organo e della competenza in base al diritto nazionale non basta da sola a giustificare senz'altro l'attribuzione. Questa è in ogni caso subordinata all'effettivo possesso ed al fattuale esercizio del titolo e della competenza «giuridicamente» o «formalmente» attribuiti dal diritto nazionale. La verità dai più negletta è che tutti gli individui agenti per conto dello Stato – siano o non siano essi legittimati dal titolo e dalla competenza di diritto nazionale – sono dal punto di vista del diritto internazionale organi di fatto. La sola caratteristica che distingue gli organi che per il diritto nazionale sono de iure dagli organi che per lo stesso diritto sono de facto è che soltanto per i primi si può (solo) presumere, salva sempre l'effettività, che la loro azione o volontà appartenga allo Stato, presunzione destinata a cadere ogniqualvolta la situazione di fatto – vale a dire l'effettiva organizzazione della persona internazionale dello Stato – risultasse difforme.

Tali caratteri del fenomeno inducono alla conclusione che non si dia-no in realtà norme internazionali vere e proprie che lo contemplino¹²⁵.

¹²⁵ Non è certo un caso che le pretese norme di attribuzione (termine che solo in un secondo tempo ha sostituito il termine «imputazione giuridica» nel progetto della CDI sulla responsabilità internazionale degli Stati) siano state adottate dalla CDI

Le regole enunciate dalla CDI, sulla base della indimostrata teoria da quella Commissione espressa nel paragrafo 4 del Commentary al Capitolo II del progetto adottato nel 2001, sono accettabili soltanto come criteri di massima volti a fornire all'interprete (Stato, giudice o arbitro internazionale) una approssimativa e non tassativa guida nella attribuzione di un fatto illecito a uno Stato (o a una persona internazio-

sotto la guida di Roberto Ago, il quale vedeva gli Stati del diritto internazionale come *personnes juridiques par excellence* (parr. 17-18, *supra*), e di James Crawford il quale, pur non evocando il concetto di persona giuridica (e forse proprio a causa del fatto di non tenerne alcun conto), ha scritto ripetutamente e largamente di «creation of States in international law», l'ultima sua opera con tale titolo (2^a ed.) essendo indicata in bibliografia. Trattasi di due posizioni praticamente simili, ai fini della teoria dell'attribuzione; ed entrambe, a nostro avviso, non proprio le più idonee a chiarire la nozione della persona internazionale dello Stato e del suo agire e volere.

Nella sua nt. 78 al par. 58 del suo Terzo Rapporto alla CDI citato nella nt. 80, *supra*, l'Ago respinge la nostra tesi che l'attribuzione di un fatto alla persona internazionale dello Stato – che è poi, più correttamente, l'*appartenenza* del fatto alla persona internazionale – sia una questione fattuale. Egli osserva a tale riguardo: «ce que Arangio-Ruiz (*op. cit., loc. cit.*) appelle imputation matérielle-psychologique d'un fait à son auteur [ragionavo allora anch'io, nel 1951, negli impropri termini di "imputazione"] n'est pas suffisant pour expliquer sur quelle base la règle de droit international prend en considération le comportement matériel d'un être humain donné pour attribuer une responsabilité à l'Etat comme conséquence juridique de ce comportement, tandis qu'elle n'en fait pas autant par rapport à d'autres comportements matériels du même être humain».

Per parte nostra, il fatto che la persona internazionale dello Stato non sia una creazione di tale diritto, unito al fatto conseguente che l'organizzazione di detta persona non sia opera del diritto medesimo – neppure nei casi, come l'Ago esplicitamente riconosce (nei parr. 119 e 120 del citato Terzo Rapporto) in cui un dato organo statale fosse istituito in osservanza di obblighi internazionali – dimostra che, quale che possa essere in certi casi la difficoltà di accertare quali comportamenti di individui o di gruppi comunque legati alla persona internazionale siano a questa attribuibili (o, meglio, appartenenti) e quali non lo siano, è una questione di causalità naturale, o, meglio, storico-sociale, e non una questione da risolvere mediante ricorso a norme giuridiche internazionali. Il diritto internazionale non attribuisce – non imputa, per usare il termine originariamente preferito dagli studiosi e da Ago stesso – fatti o atti alla persona internazionale dello Stato. Esso imputa soltanto le situazioni giuridiche soggettive che da detti fatti o atti derivano.

L'autore del citato e pregevolissimo, Terzo Rapporto confonde qui, a nostro avviso, la distinzione fra le ipotesi nelle quali l'interprete attribuisce alla persona internazionale certi comportamenti di individui o gruppi ad essa persona legati, e le ipotesi

nale cosiddetta “sui generis”): attribuzione che l’interprete deve effettuare volta per volta sulla base dei dati fattuali presenti, ivi compresa, al pari dei dati rinvenibili nel diritto (e nella prassi) dell’ordinamento dello Stato de quo (comunque estranei, come spiegato, al diritto internazionale), anche la situazione effettiva, quest’ultima comunque prevalendo sulla situazione formale.

nelle quali non li attribuisce, da una parte, con la distinzione delle ipotesi nelle quali il diritto internazionale qualifica i fatti in questione come illeciti attribuendone allo Stato le conseguenze, e le ipotesi nelle quali il diritto internazionale non procede in tal senso, dall’altra parte.

Di tale confusione sono ben percepibili (benché per lo più ignorate nelle cause d’ordine teorico da cui derivano) le notevoli complicazioni che si manifestano sia negli Articoli che la CDI è andata elaborando in tema di attribuzione (se non «imputazione») sin dagli anni millenovecentosettanta, nonché negli Articoli finalmente adottati nel 2001 (e nei *Commentaries* relativi a ciascun capitolo o articolo), sia nella giurisprudenza e nella dottrina relative alla non facile materia: materia sulla quale molto resta anche a noi da studiare e da discutere.

Osserva M. SPINEDI in *La responsabilità dello Stato per comportamenti di private contractors*, in SPINEDI-GIANELLI-ALAIMO (ed.), *La codificazione ecc.* (nt. 123 *supra*) nt. 51: «Non si è avuto modo di conoscere quali modifiche, partendo [dal presupposto della fattualità dell’attribuzione da lui sostenuta, il Relatore speciale Arangio-Ruiz] avrebbe suggerito di apportare, in seconda lettura, al testo degli articoli adottati dalla CDI, in quanto [quella lettura], per vicende ben note, non ha potuto aver luogo sotto la sua guida». Le “vicende” sono il fatto di manifesto malgoverno avvenuto nel 1995-1996 al Ministero degli Esteri, e riferito da G. ARANGIO-RUIZ, *Fine prematura del ruolo preminente di studiosi italiani nel progetto di codificazione della responsabilità degli Stati: specie a proposito di crimini internazionali e dei poteri del Consiglio di sicurezza, RDIn*, 1998, 110-129. Quanto alle “modifiche” da “apportare” al progetto CDI, esse si sarebbero ispirate alle posizioni del presente autore qui riassunte nel testo e conformi agli scritti citati nella nt. 121 *supra*. Salvo a precisarle in occasione più opportuna, le modifiche sarebbero state presumibilmente, nell’insieme, tali da realizzare soluzioni più vicine a quelle saggiamente prospettate da Marina Spinedi nella parte finale della citata sua nota, che non a quelle – infondate in teoria, e contestabili nella pratica – consegnate dalla CDI a un testo che per fortuna non è diventato (e si spera non diventi) una convenzione.



BIBLIOGRAFIA

R. AGO, *La regola del previo esaurimento dei ricorsi interni in tema di responsabilità internazionale*, in *Archivio di diritto pubblico*, III, 1938, 178-249; ID., *Le délit international*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 68, II-1939, 415-554; ID., *La colpa nell'illecito internazionale*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, III, Padova, 1940 (ripubblicato in AGO, *Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati*, I, II¹, II², Napoli, 1979); ID., *Lezioni di diritto internazionale*, Milano, 1943; M. AKEHURST, *A Modern Introduction to International Law*, London, 1982; D. ALLAND, *Un nouveau mystère de la pyramide: remise en cause par le Conseil d'Etat des traités conclus par la France*, in *Revue générale de droit international public*, 1997; P. ALLOTT, *Eunomia*, Oxford, 1990; ANZILOTTI, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, Firenze, 1902 (ripubblicato da SIOI, *Opere di Dionisio Anzilotti*, I, Padova, 1956); ID., *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, Bologna, 1905; ID., *Corso di diritto internazionale*, Roma, 1928; ID., *Cours de droit international* (trad. di G. Gidel), Paris, 1929; G. ARANGIO-RUIZ, *Rapporti contrattuali fra Stati ed organizzazione internazionale*, AFS, Modena, 1950; ID., *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, Milano, 1951; ID., *La persona giuridica come soggetto strumentale*, Milano, 1952; ID., *Sulla dinamica della base sociale nel diritto internazionale*, *Annali*

della Facoltà giuridica della Università di Camerino, 1954, 1-76; ID., *The Normative Role of the General Assembly of the UN and the Declaration of Principles of Friendly Relations*, con appendice *On the Concept of International Law and the Theory of International Organization*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 137, III-1972, 629 ss.; ID., «Stati e altri enti. Soggettività internazionale», in *NN.D.I.*, XVIII, Torino, 1971, edito indipendentemente con il titolo *Diritto internazionale e personalità giuridica*, Bologna, 1972; ID., *L'Etat dans le sens du droit de gens et la notion du droit international*, in *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1975, 3-63 e 255-406; ID., *The Friendly Relations Declaration and the System of the Sources of International Law*, The Hague, 1979; ID., *Second Report on State Responsibility*, UN Doc. A/CN.4/425, e Add. 1, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1989, II, Part. 1; ID., *Le domaine réservé, l'organisation internationale, et le rapport entre droit international et droit interne*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, VI-1990; ID., *State fault and the forms and degrees of international responsibility, questions of attribution and relevance*, in *Mélanges Virally, Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Paris, 1991; ID., *On the Nature of the International Personality of the Holy See*, in *Revue Belge de Droit International*, 1996; ID., «Santa Sede (Chiesa Cattolica e Stato della Città del Vaticano)», in *Digesto/pubbl.*, XIII, Torino, 1997; ID., *The Federal Analogy*, in *European Journal of International Law*, 1997; ID., «Soggettività nel diritto internazionale», in *Digesto/pubbl.*, XIV, Torino, 1999; ID., *Dualism Revisited. International Law and Interindividual Law*, *RDIn*, 2003, 909-999; J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, London, 1899; BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano, 1953; ID., *L'estinzione di fatto degli Stati secondo il diritto internazionale*, Messina, 1932; BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale (Lo Stato democratico moderno)*, Napoli, 1949; BISCOTTINI, *Sulla formazione dello Stato*, *RDIn*, 1939; ID., *Volontà ed attività dello Stato nell'ordinamento internazionale*, *RDIn*, 1942; BOBBIO, *Istituzione e diritto sociale*, *RIF*, 1936; BONUCCI, *Ordinamento giuridico e Stato, Contributo alla teoria della definizione*, *RDPu*, 1920; H. W. BRIGGS, *Recognition of States: Some Reflections on doctrine and practice*, in *American Journal of International Law*, 1949; ID., *The Law*

*of Nations, cases, documents, notes*², New York, 1938; CAPOGRASSI, *Note sulle molteplicità degli ordinamenti*, RIF, 1939; CARNELUTTI, recensione di *Rapporti contrattuali*, cit., RDPPr, 1951, I; ID., recensione di *Gli enti*, cit., RDPPr, I, 1953; ID., *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936; R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, I, Paris, 1922; T. CHIANG CHEN, *The International Law of Recognition*, London, 1951; J. CRAWFORD, *The Criteria for Statehood in International Law*, in *British Year Book of Int. Law*, 1975; ID., *The Creation of States in International Law*², Oxford, 2006; DEL VECCHIO, *Moderne concezioni del diritto*, RIF, 1921; A. DESQUEYRAT, *L'institution, le droit objectif et la technique positive*, Paris, 1933; D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910; ID., *La persona reale dello Stato*, RDPu, 1921, I; ID., *Stato e territorio*, Roma, 1924; P. M. EISEMANN (ed.) *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Etude de la pratique en Europe*, The Hague, 1996; FABOZZI (recensione de *Gli enti*, cit.), in *La Comunità internazionale*, 1953; A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939; F. FERRARA, *I c.d. organi delle persone giuridiche*, Milano, 1911; FERRARI BRAVO, *Diritto internazionale e diritto interno nella stipulazione dei trattati*, Napoli, 1964; FILOMUSI GUELFI, *Enciclopedia giuridica*, Napoli, 1917; FLORIDIA, *Diritto interno e diritto internazionale: profili storico-comparatistici*, in *Riv. dir. pubbl. comunitario ed europeo*, 2003; T. M. FRANCK, *The Emerging Right of Democratic Governance*, in *American Journal of International Law*, 1992; GIULIANO, *Considerazioni sulla costruzione dell'ordinamento internazionale*, Milano, 1946; ID., *La comunità internazionale e il diritto*, Padova, 1950; GIULIANO-SCOVAZZI-TREVES, *Diritto internazionale. Parte generale*, Milano, 1991; P. GUGGENHEIM, *Lehrbuch des Völkerrechts*, Basel, 1899; S. HOFFMAN, *Organisations internationales et pouvoir politique des Etats*, Paris, 1954; G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*³, Berlino, 1922; H. KELSEN, *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, IV-1926, 231 ss.; ID., *Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, IV-1932, 119 ss.; ID., *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), 1946; ID., *Principles of International Law*, New York, 1952; ID., *The Communist*

Theory of Law, London, 1955; J. KUNZ, *La primauté du droit des gens*, in *Revue de droit international et de législation comparée*, 1925, 556-598; ID., *Recensione di Arangio-Ruiz, Gli enti ecc. e Rapporti contrattuali ecc.*, in *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1955, 105 ss.; ID., *Recensione di Arangio-Ruiz, Gli enti ecc.*, in *American Journal of International Law*, 1953, 512 ss.; H. LAUTERPACHT, *Recognition in International Law*, Cambridge, 1947; Ch. LEBEN, *L'Etat au sens du droit international et l'Etat au sens du droit interne (à propos de la double personnalité de l'Etat, St. Arangio-Ruiz, 2004, I, 131-167*; F. MAITLAND, *The Crown as Corporation*, in *Law Quarterly Review*, 1901; K. MAREK, *Identity and Continuity of States in Public International Law*, Geneva, 1968; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Recensione de Gli enti*, *RTDP*, 1953; MICELI, *La realtà della persona dello Stato*, *RIF*, 1922; A. MIELE, *La comunità internazionale*, II, *I soggetti*, ed. provv., Torino, 2000; A. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*², Padova, 1953; G. MINERVINI, *Alcune riflessioni sulla teoria degli organi delle persone giuridiche private*, *RTPC*, 1953; R. MONACO, *La responsabilità internazionale dello Stato per fatti di individui*, *RDIn*, 1939; G. MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale pubblico*, Padova, 1949; ID., *Stati e individui nelle organizzazioni internazionali*, *RDIn*, 1957, 3-25; ID., *Nozioni di diritto internazionale*⁷, Padova, 1967; MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*⁹, Padova, 1975; ID., *La Costituente*, Roma, 1945; M. MOUSKHÉLY, *La naissance des Etats en droit international public*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 1962; L. OPPENHEIM, *International Law. A Treatise*, I (*Peace*), London, 1905; G. PALMISANO, *Nazioni Unite e autodeterminazione interna. Il principio alla luce degli strumenti rilevanti dell'ONU*, Milano, 1997; ID., *Colpa dell'organo e colpa dello Stato nella responsabilità internazionale. Spunti critici di teoria e prassi*, in *Comunicazioni e studi*, XIX-XX, 1992, 623-655; ID., «Stato (Soggettività internazionale)», in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese, VI, Milano, 2006; PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, Roma, 1942; ID., *Introduzione alle scienze giuridiche*, Roma, 1953; ID., *Lezioni di diritto internazionale*, Roma, 1955; PICCHIO FORLATI-PALMISANO, *La lezione di una vita: cos'è e com'è il diritto internazionale*, in *St. Gaetano Arangio-Ruiz*, I, Napoli, 2004, XVII-LVIII; QUADRI, *La sudditanza nel diritto internazionale*, Padova, 1935; ID., «Stato (diritto internazionale)», in *N.D.I.*, XII, To-

rino, 1940, 809 ss.; ID., *Recensione di Arangio-Ruiz G., Sulla dinamica della base sociale ecc.*, in *La comunità internazionale*, 1955; ID., *Diritto internazionale pubblico*, Palermo, 1963; ID., *Diritto internazionale pubblico*⁵, Napoli, 1968; G. RENARD, *La théorie de l'institution*, Paris, 1930; S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale*, *AFS*, 1901, LXVIII; ID., «Organi», in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, rist. 1983, 145-171; ID., «Realtà giuridica», *ibid.*, 204-219; ID., *L'ordinamento giuridico*², Firenze, 1951; ID., *L'ordre juridique*, Paris, 1975; ID., *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947; ROSMINI SERBATI, *Filosofia del diritto*², I, Intra, 1865; J. M. RUDA, *The Opinions of Judge Anzilotti and the PCIJ*, in *European Journal of International Law*, 1992; A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940; SANTULLI, *Le statut international de l'ordre juridique étatique. Etude du traitement du droit interne par le droit international*, Paris, 2001; G. SCELLE, *Règles générales du droit de la paix*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, IV-1933, 331 ss.; W. SCHIFFER, *The Legal Community of Mankind*, New York, 1954; G. SPERDUTI, *Le principe de souveraineté et le problème des rapports entre le droit international et le droit interne*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, V-1976; E. STEIN, *International Integration and Democracy: No Love at First Sight*, in *American Journal of International Law*, 2001; H. STEINBERGER, *Sovereignty*, in *Encyclopedia of Public International Law*, IV, Amsterdam 2000; H. TRIEPEL, *Diritto internazionale e diritto interno* (traduzione italiana di Buzzati), Torino, 1913; ID., *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1923; SIR H. WALDOCK, *General Course of Public International Law*, Hague Rec., 2, 1962; L. WILDHABER, *Sovereignty and International Law*, in MACDONALD e JOHNSON (eds.), *The Structure and Process of International Law. Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory in the Honour of Judge Weng*, Dordrecht, 1986; ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1936; ZICCARDI, *La costituzione dell'ordinamento internazionale*, Milano, 1943.

















