

per la storia  
del pensiero  
giuridico  
moderno

54



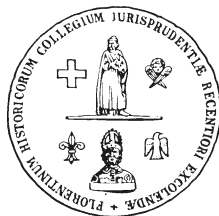
STEFANO MANNONI

**POTENZA  
E RAGIONE**

*LA SCIENZA DEL DIRITTO  
INTERNAZIONALE  
NELLA CRISI  
DELL'EQUILIBRIO EUROPEO  
(1870-1914)*

UNIVERSITA' DI FIRENZE  
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

---



---

CENTRO DI STUDI  
PER LA STORIA DEL PENSIERO  
GIURIDICO MODERNO

---

BIBLIOTECA  
promossa e diretta da PAOLO GROSSI

---

---

VOLUME CINQUANTAQUATTRESIMO

STEFANO MANNONI

# POTENZA E RAGIONE

LA SCIENZA DEL DIRITTO INTERNAZIONALE  
NELLA CRISI DELL'EQUILIBRIO EUROPEO

(1870-1914)



*Milano - Giuffrè Editore*

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 1999

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

---

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

## INTRODUZIONE

Esattamente un secolo fa si aprivano all'Aja i lavori della prima Conferenza della pace. Nella sua agenda figuravano parti importanti del diritto internazionale, dall'arbitrato alla guerra, che costituivano per la prima volta l'oggetto esclusivo di una conferenza diplomatica in grande stile. Con la solennità riservata agli avvenimenti epocali, lo *ius gentium* entrava nella stagione della codificazione sotto lo sguardo trepidante dell'opinione pubblica occidentale sedotta dal motto liberale: *la paix par le droit*.

Nello stesso anno veniva dato alle stampe in Germania un libro votato a grande successo accademico, *Völkerrecht und Landesrecht* di Heinrich Triepel, il frutto più maturo del rinnovamento dogmatico e metodologico intrapreso un quarto di secolo prima dal positivismo tedesco. Dopo lunga attesa, il diritto internazionale — « le cendrillon de la famille juridique » <sup>(1)</sup> — compiva la difficile traversata verso la sponda delle discipline giuridiche accreditate, conquistandosi quella salda reputazione scientifica che gli era stata ripetutamente negata.

Questi due eventi non meriterebbero di comparire tra i tanti anniversari che affollano i nostri calendari se non fosse per l'attualità del tema a cui rinviano: nientemeno che l'identità stessa del diritto internazionale. Chiunque percorra quei dibattiti e quei testi non riesce a sottrarsi all'impressione di trovarsi in presenza di una cronaca ancora aperta più che di un ciclo storico concluso ed è probabile che i protagonisti di allora si stupirebbero oggi di constatare quanta freschezza conservino sempre le loro riflessioni. *La paix par le droit* è ancora un ideale lontano e il diritto internazionale, ora più che mai, naviga a vista verso il nuovo millennio.

---

(1) J. de LOUTER, *La crise du droit international*, in R.G.D.I.P., 1919, p. 83.

Tutto era cominciato all'indomani della Rivoluzione francese. Il sipario dell'età contemporanea si levava sulla scena di un duello imponente: la ragione del diritto sfidava la forza della potenza e l'ottimismo liberale contendeva il campo al realismo pessimista. Kant contro Hegel anche sulla pace e la guerra, dilemma supremo del pensiero occidentale.

Duecento anni dopo, nel nostro tempo, gli attori cambiano ma il canovaccio è in gran parte lo stesso. La storia non è finita, e la *civitas maxima* non viaggia indisturbata sulle ali della globalizzazione e della democrazia<sup>(2)</sup>, ammesso che si guardi con favore a questa prospettiva<sup>(3)</sup>. Quanto alle guerre giuste e ingiuste, il discernimento è arduo impegno intellettuale oggi come ieri<sup>(4)</sup>.

Chi confidava nel movimento dialettico dello spirito, chi nella graduale evoluzione della civiltà, ha dovuto ricredersi di fronte al ricorrere ciclico della tenzone di sempre. A momenti la persuasività discorsiva del diritto sembra conquistare il sopravvento sul freddo sarcasmo aforistico della potenza. Ma poco basta perché una reazione decisa provveda a rimettere la barra al centro. E la sfida continua, altrettanto vivace nelle cancellerie come nei dipartimenti universitari.

Anche nelle università, certo. Perché da mezzo secolo le relazioni internazionali sono oggetto di approcci metodologici distinti se

---

(2) Sulla persistenza di logiche e riflessi tradizionali, pur nella crescente integrazione, si veda da ultimo A. PANEBIANCO, *Guerrieri democratici. La democrazia e la politica di potenza*, Bologna, 1997, mentre sulle dinamiche inedite dell'interesse nazionale tra globalizzazione e democrazia, cfr. V.E. PARSI, *Interesse nazionale e globalizzazione. I regimi democratici nelle trasformazioni del sistema post-westfaliano*, Milano, 1998. Tanto seducente quanto inquietante, lo spettro di uno scontro tra civiltà sulle macerie delle ideologie delineato da S.P. HUNTINGTON, *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, trad. it., Milano, 1997.

(3) È il caso di Luigi Ferraioli, che vi scorge la possibilità storica di superamento della sovranità in funzione di un'affermazione del primato della ragione del diritto sulla conflittualità di Stati *legibus soluti*. La sovranità sarebbe ancora oggi « il principale ostacolo all'ipotesi, vagheggiata dapprima da Francisco de Vitoria, poi da Immanuel Kant e infine da Hans Kelsen, di una comunità mondiale soggetta al diritto » (*La sovranità nel mondo moderno*, Milano, 1995, p. 47). Per una serrata critica del discorso globalista si veda invece D. ZOLO, *I signori della pace*, Roma, 1998.

(4) Il tema è stato riproposto con copia di argomenti da Michael WALZER, *Just and Unjust Wars*, New York, 1992<sup>2</sup>.

non antitetici, contrassegnati da una tenace incomunicabilità. Identico l'oggetto, identico il problema; alternativi i paradigmi, i linguaggi, le risposte. Scienza politica e scienza giuridica serbano un ostinato silenzio, ciascuna gelosa delle proprie competenze e tradizioni, fedele ai propri assiomi e insofferente verso gli argomenti della rivale. Da quanto Edward Carr metteva alla berlina negli anni Trenta i profeti della *Rule of Law* internazionale la scienza politica si è diversificata, scindendosi in scuole e indirizzi tra loro competitivi (5). Ma la diffidenza verso il diritto internazionale è rimasta, cordialmente ricambiata, naturalmente. Il lettore sprovvisto o il novizio ricercatore ne trae un senso di sconcerto: il quadro si colora di tinte inquietanti e surreali, il giudizio si paralizza, la soluzione si allontana.

Proprio perché al di sopra della contesa, la storia giuridica può venire in soccorso, integrando in chiave diacronica ciò che nel confronto statico tra i modelli appariva irricongiungibile. Un'analisi passionata dei dibattiti dottrinali, dei percorsi di formazione degli istituti, degli scenari diplomatici permette di restituire a ciascun fattore la parte che gli compete nella produzione dell'evento.

Da dove cominciare? La scelta della scienza giuridica come osservatorio privilegiato per la ricostruzione non è casuale. Nell'arco cronologico qui preso in esame più che in altri, la dottrina si candida ad autentica forza politica al servizio del diritto internazionale. Il suo ruolo non si limita a quello di mera ordinatrice della magmatica prassi diplomatica, subita più che controllata, razionalizzata più che indirizzata. A distinguerla è bensì una coraggiosa progettualità, ispirata tanto da un sincero anelito di pacificazione, quanto da una concreta percezione delle proprie possibilità. Non è senza un certo stupore e ammirazione che il giurista della fine del ventesimo secolo registra la determinazione e l'entusiasmo di un ceto fino in fondo consapevole della sua missione e pronto ad assumersene la responsabilità. Senza chiusure pregiudiziali, senza arrestarsi di fronte a barriere linguistiche e soprattutto senza imperialismi culturali, la scienza giuridica dialoga appassionatamente e in piena libertà, mossa dall'ambizione di trovare il sospirato

---

(5) Per limitarsi a una nutrita rassegna di opinioni all'interno del solo campo realista si veda ora J.A. VASQUEZ, *The Power of Power Politics. From Classical Realism to Neotraditionalism*, Cambridge, 1998.

punto di equilibrio tra i fattori in gioco. Di sicuro partigiana e settaria, in più di una circostanza, nella difesa di un interesse nazionale giudicato a tratti irrinunciabile; ma almeno dotata del buon gusto e della virile onestà di ammetterlo.

Pace, guerra e neutralità. Questa partizione classica nel diritto internazionale dello *ius publicum europaeum* insospettisce e respinge. Evoca cannoniere e minuetti diplomatici, brutale colonialismo e insensato bellicismo sciovinista. Ha un'aria di sommarietà primitiva nella sua disarmante sincerità, nella sua ostentata deferenza verso l'idolo della sovranità. Se il positivismo suscita l'ironia con i suoi sforzi di conciliare diritto e potenza, l'idea della rassegnazione alla guerra, non meno che la salomonica imparzialità dei neutrali, addirittura ripugnano. Il diritto internazionale ottocentesco non ha forse perduto il suo onore nei mesti cimiteri della Grande Guerra? La replica è forse meno ovvia e scontata di quanto non sembri. Ottanta anni di sicurezza collettiva all'insegna della SdN e dell'ONU hanno alimentato molte speranze, talvolta suscitato legittima soddisfazione, in altri casi impartito dure lezioni di realismo. L'indulgenza se non l'umiltà sono quindi d'obbligo nel valutare gli sforzi, i successi e, beninteso, le sconfitte della scienza giuridica occidentale in uno dei frangenti più critici della vita del Vecchio Continente come quello che precede il 1914.

Dal 1870, infatti, l'Europa entra in una zona di turbolenza da cui uscirà demoralizzata nel 1945, provvidenzialmente salvata dal precipizio, ma come inevitabile profondamente scossa nella sua autostima. Di questo dramma e di questa « guerra civile europea », la scienza del diritto internazionale ha vissuto in prima persona le tensioni, le speranze e i disincanti nell'eroico tentativo di frenare gli impulsi disgregatori. Erede di una tradizione di equilibrio e di moderazione, la dottrina ha cercato con il suo pacato magistero di impedirne la dissoluzione.

L'affresco è dei più suggestivi: la *Balance* assicurata dal Concerto europeo, fattore di stabilità e di mutamento nell'elegante informalità e sicura efficacia delle sue procedure; una società internazionale esclusiva, ma pluralistica, consapevole del suo privilegio, ma disponibile all'occorrenza ad aprire le sue porte ai nuovi soci; infine il diritto internazionale — « the vanishing point of Jurispru-



dence » <sup>(6)</sup> — che compensa la sua fragile costituzione con un'agile duttilità. Paradiso perduto degli europei, l'età dell'equilibrio non sarà più riconquistata, inesorabilmente dissanguate le energie in una disperata lotta intestina per l'egemonia.

Il percorso storiografico scelto per la ricostruzione di uno scenario così ricco s'inoltra lungo molteplici sentieri. Quello del riscatto scientifico della disciplina, innanzitutto, che vede il positivismo protagonista di un epico sforzo di conciliazione tra diritto e potenza sull'arena abbandonata dal diritto naturale. Nel suo franco ossequio per la sovranità statale, la dottrina continentale appare più conseguente e sincera della sua rivale anglosassone, solo in apparenza meno conformista nel suo accattivante sincretismo. Quello del liberalismo, poi, fonte onnipresente d'ispirazione ideologica dei tentativi di codificazione, che si tratti dell'arbitrato, della cooperazione o del colonialismo. In perpetua tensione con il nazionalismo statalista, suo figlio illegittimo, il discorso liberale tesse la sua trama attingendo generosamente al diritto internazionale, terreno d'elezione per promuovere la sospirata alleanza tra il mercato senza barriere dei produttori-consumatori e le forti identità statali chiuse nei loro confini. E, ancora, l'itinerario prosegue scorrendo ai margini delle cancellerie diplomatiche, dove è più difficile alla dimensione giuridica di conquistare un'autonoma dignità. L'impulso egemonico attraverso cui si esprime al massimo grado la potenza sottopone a una pressione formidabile la serena ricerca di oggettività della ragione giuridica. Eppure anche qui non mancano i tentativi di ordinare e moderare, all'insegna di un compromesso sempre precario. Infine, la guerra e la neutralità, punto di chiusura del sistema. Ammettere la guerra nella sfera del diritto per controllarne la pericolosità, per domarla: questo è l'intento. Realismo e utopia si avvicendano nella tenace lotta per la codificazione delle leggi di guerra che alle due Conferenze dell'Aja del 1899 e 1907 raggiunge il suo zenit prebellico. Quanto alla neutralità, essa è la garanzia della limitazione dei conflitti e il pegno del libero commercio contro le pulsioni distruttive della potenza. L'estenuante dibattito sugli istituti di cui si compone nasce dalla consapevolezza del suo contributo a

---

<sup>(6)</sup> Th. E. HOLLAND, *The Elements of Jurisprudence*, Oxford, 1937, thirteenth edition, p. 392.

contenere lo scontro. L'inizio del suo declino durante il primo conflitto mondiale sotto i colpi della guerra totale segna la fine di un'epoca e l'ingresso del diritto internazionale in una nuova congiuntura (7).

Piccolo tassello di un mosaico ancora molto incompleto, questo saggio vuole modestamente assecondare il risveglio di una nobile tradizione di studi. Da troppi anni, almeno dal 1950, la storia del diritto internazionale langue in uno stato di abbandono, tanto più desolante al cospetto del secolo di appassionate ricerche che ha preceduto questa lunga afasia. Il silenzio è stato rotto sporadicamente dalla penna di alcuni studiosi di rango che riscattavano dall'ombra il tale o tal'altro autore, quello o quell'altro istituto, senza però che la singola e meritoria iniziativa stimolasse un movimento collettivo di vaste proporzioni (8). Una volta pupilla prediletta e vezzeggiata degli internazionalisti, la *Völkerrechtsgeschichte* è divenuta manifestamente orfana: trascurata dagli uni non è stata adottata dagli altri.

Negli ultimi tempi, tuttavia, è dato cogliere timidi segnali di un rinnovato interesse. Non basta per parlare di un'inversione di tendenza, ma è sufficiente per nutrire un cauto ottimismo. La scienza del diritto internazionale, innanzitutto, ritrova la passione di un tempo. Impegnata a riflettere su se stessa, avverte il bisogno di risalire ai padri della disciplina, non per curiosità erudita ma allo scopo di ripensarne l'insegnamento (9). Il ritorno in auge della filosofia del diritto internazionale contribuisce allo scopo: dimensione teoretica e ricostruzione storica riprendono a intrecciare fra loro un dialogo fecondo (10). In secondo luogo, la storia delle

---

(7) Per rendersi conto di ciò che resta oggi dell'opera ante-1914 su neutralità e guerra marittima, si veda la chiarissima esposizione di N. RONZITTI, *Diritto internazionale per ufficiali della Marina militare*, Roma, 1996, p. 185 e sgg.

(8) Penso ad esempio ai saggi di B. PARADISI, *Civitas maxima. Studi di storia del diritto internazionale*, Firenze, 1974.

(9) In questo ambito, si collocano i ritratti dei grandi maestri del diritto internazionale contemporaneo — Anzilotti, Verdross, Lauterpacht, Scelle, Kelsen — pubblicati negli ultimi anni dal *European Journal of International Law*. Inoltre, per lunga tradizione, l'*American Journal of International Law* presta un'attenzione costante alla dimensione storica.

(10) Esempi di questo tipo di riflessione sono il saggio di A. CARTY, *The Decay of*

relazioni internazionali scopre sempre di più il rilievo del discorso giuridico nei grandi conflitti geopolitici, che si tratti di un'egemonia disputata o dei contatti con le realtà extraeuropee <sup>(11)</sup>. Da ultimo, ma solo nell'ordine di esposizione, la storia del diritto si mostra più incline a riappropriarsi di un campo che era naturalmente il suo, oggi anche per restituire a tutto tondo una sovranità troppo spesso appiattita sul solo versante interno-statale <sup>(12)</sup>.

Alla metà degli anni Sessanta uno studioso tedesco lamentava che la storia del diritto internazionale segnasse malinconicamente il passo <sup>(13)</sup>. Che sia giunta l'ora del riscatto? Questo libro vuole essere di buon auspicio.

---

*International Law? A Reappraisal of the Limits of Legal Imagination in International Affairs*, Manchester, 1986, M. KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia: the Structure of International Legal Argument*, Helsinki, 1989, e ora, fresco di stampa, A. LEJBOWICZ, *Philosophie du droit international*, Paris, 1999.

<sup>(11)</sup> Per la bibliografia, rinvio alle numerose citazioni che costellano il secondo e terzo capitolo.

<sup>(12)</sup> Alla ricerca storico-giuridica si possono ascrivere l'ampia ed elegante panoramica di W.G. GREWE, *Epochen des Völkerrechtsgeschichte*, Baden-Baden, 1988<sup>2</sup> e la sintesi di K.H. ZIEGLER, *Völkerrechtsgeschichte*, München, 1994 particolarmente documentate sulla « preistoria » romana del diritto internazionale. Le difficoltà metodologiche dell'indagine storica sul diritto internazionale sono evidenziate e discusse da H. STEIGER, *Probleme der Völkerrechtsgeschichte*, in *Der Staat*, 1987, pp. 103-126. Un caso a parte, è quello della monumentale ricerca erudita intrapresa negli anni Sessanta da J.H.W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, autentica miniera di informazioni a disposizione dello storico e del giurista positivo.

<sup>(13)</sup> « Die wissenschaftliche Arbeit an der Geschichte der internationalen Rechtsbeziehungen steht noch in den Anfängen. Ihre Ergebnisse bleiben, nach Umfang wie Qualität, weit hinter dem zurück, was auf anderen Gebieten rechtsgeschichtlicher Forschung geleistet worden ist » (W. PREISER, *Die Völkerrechtsgeschichte, ihre Aufgaben und ihre Methode*, Wiesbaden, 1964, p. 5).



## ABBREVIAZIONI

B.Y.I.L.:	<i>British Yearbook of International Law</i>
R.C.:	<i>Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye</i>
R.D.I.:	<i>Rivista di diritto internazionale</i>
R.D.I.L.C.:	<i>Revue de droit international et de législation comparée</i>
R.G.D.I.P.:	<i>Revue générale de droit international public</i>
ZfV:	<i>Zeitschrift für Völkerrecht</i>



CAPITOLO PRIMO  
LE VIE DELLA PACE

1. Un sapere in cerca di legittimità. — 1.1. Il declino del giusnaturalismo. — 1.2. L'« Internazionale » dei professori. — 2. La costruzione scientifica della disciplina. — 2.1. Lo Stato sopra il diritto, o il verdetto di Hegel e Austin. — 2.2. La scommessa del positivismo. — 2.3. Sincretismo anglosassone. — 3. La dogmatica militante. — 3.1. Un diritto per il liberalismo, o la profezia di Bentham e Kant. — 3.2. Luci e ombre dell'arbitrato. — 3.3. La scoperta della cooperazione. — 3.4. Colonialismo e civiltà. — 4. Pensiero giuridico e grande diplomazia. — 4.1. Metamorfosi dell'intervento. — 4.2. Dottrina Monroe. — 4.3. Il tramonto del Concerto europeo.

« L'humanité ne veut plus la guerre ». Il grido di Proudhon superava confini e barriere ideologiche <sup>(1)</sup>. Nell'era del socialismo, del liberalismo, della tecnologia la guerra non aveva più ragion d'essere. La parola d'ordine è *internazionalismo*. Intorno ad essa si raccoglie un vasto movimento di opinione che trae la sua linfa dall'economia, dal diritto, dalla nascente sociologia. Il bersaglio sono gli Stati con i loro confini, le loro gelosie, lo sciovinismo, le guerre. L'obbiettivo è una società dei popoli che rispecchi fedelmente le quattro grandi realtà transnazionali del secolo: la borghesia, il proletariato, il mercato, l'opinione pubblica. Avvicinarsi per approssimazione all'ideale kantiano di una pace perpetua: questa la meta ideale. Il mezzo: il libero-scambio e il diritto internazionale. Da passatempo per diplomatici e speculazione filosofica, lo *ius gentium* diviene disciplina scientifica al servizio di un progetto al crocevia di più ideologie. In lotta fra loro entro i confini dello Stato, liberalismo e socialismo sono però d'accordo nel rifiutare i vecchi giochi dinastici. Coltivano il diritto internazionale come tecnica del progresso e del dialogo. Tecnica positiva sì, purché consapevole di assecondare

---

(1) P.-J. PROUDHON, *La guerre et la paix*, Bruxelles, 1862, t. II, p. 456.

un'assiologia: questa è l'esortazione e il monito che gli vengono rivolti.

Ma l'armonia del coro è rotta da un contrappunto possente. Il nazionalismo sfida il cosmopolitismo, intimando ai giuristi di non cedere alle sirene dell'ingenuità e dell'utopia. Vanta dalla sua parte alleati potenti di cui si serve con intelligenza e spregiudicatezza. Contro il quietismo della stabilità si appella all'irrendentismo dei popoli, mentre combatte il pacifismo con la ragion di Stato. All'ottimismo positivista oppone ora l'idealismo, ora lo storicismo, mentre contro il positivismo realista resuscita persino il giusnaturalismo. Si rivolge al sentimento o alla ragione, a seconda dei casi, parlando di diritto o di strategia, di convivenza o di egemonia. Torrente impetuoso di emozioni e di riflessioni, di retorica e di concetti esso trascina con sé per primi storici e filosofi giungendo sino a lambire gli argini della scienza giuridica. Resistere o cedere? Il dilemma è ben presente a chi deve elaborare le regole di un gioco internazionale descritto dagli Hegel, dai Treitschke, dai Mahan in termini di politica di potenza. In fine dei conti l'unificazione tedesca era stata realizzata dalla spada e non dal diritto. La Gran Bretagna aveva dominato gli oceani grazie alla sua flotta, non alla celebrata civiltà della sua giurisprudenza.

Le prove storiche della potenza mettono a dura prova la ragione normativa del liberalismo. I liberali « vorrebbero che nelle questioni internazionali la ragione prevalga sulla forza ». Ma come instaurare un ordine rispondente a ragione? È qui che li vediamo entrare in crisi perché « vogliono i vantaggi di un sistema giuridico effettivo, ma sono spesso riluttanti a pagarne il prezzo » (2). Giusta osservazione: la « mano invisibile » non funziona nei conflitti interstatali come nel mercato. Non era affatto detto che fosse possibile coniugare pacificamente nazione, Stato e pace come voleva Mazzini, o quantomeno il dubbio era legittimo (3).

La scienza giuridica occidentale si trova in questo frangente a

---

(2) K.N. WALTZ, *L'uomo, lo Stato e la guerra. Un'analisi teorica*, trad. it., Milano, 1988, p. 110.

(3) Le origini rivoluzionarie di questa dialettica nazionalismo-cosmopolitismo sono ora illustrate da M. BELISSA, *Fraternité universelle et intérêt national (1713-1795)*, Paris, 1998.



mediare tra due suggestioni entrambe profondamente radicate nel loro tempo e dense d'implicazioni simboliche. Essa vive fino in fondo la dicotomia tra internazionalismo e nazionalismo, sforzandosi con coraggio e determinazione di dominarla per disinnescarne la carica dirompente. Missione ardua davvero quella di edificare un ordine internazionale sulle sabbie mobili della volontà ribelle degli Stati e dei sussulti tellurici del nazionalismo. Non è merito da poco per la scienza giuridica aver accettato di accollarsela.

## 1. *Un sapere in cerca di legittimità*

### 1.1. *Il declino del giusnaturalismo*

Il primo passo che la dottrina del diritto internazionale doveva apprestarsi a compiere era quello di rivendicare una piena legittimazione scientifica. O meglio, più che rivendicare, conquistarla.

« Pseudo-Völkerrecht » definiva uno dei giovani positivisti tedeschi quel conglomerato di norme reali, di principi morali, di massime politiche che affollavano i manuali dell'epoca, facendo di quella disciplina, a sua detta, un « giornalismo da dilettaanti » (4). Il neofita Bergbohm, che scrive negli anni Ottanta in pieno positivismo trionfante, era forse troppo severo. Ma non vi era dubbio alcuno che il diritto internazionale pubblico soffrisse di un serio ritardo, divenuto tanto più evidente dopo che Savigny aveva brillantemente rinnovato e rilanciato le ricerche sul diritto internazionale privato, schiudendo un nuovo corso di studi sulle due sponde dell'Atlantico. Nella recensione all'opera di Wheaton (1836), Pellegrino Rossi aveva esordito con un'osservazione non meno lapidaria: « En un mot, le droit des gens en est encore aux misères de l'empirisme » (5).

La contiguità con il diritto naturale aveva giovato allo *ius gentium* nella sua stagione eroica, fin quando la scienza giuridica aveva prodotto sul piedistallo della filosofia i grandi capolavori della letteratura

---

(4) C. BERGBOHM, *Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts*, Dorpat, 1877, p. 8. Carl Magnus Bergbohm (1849-1927), nato a Riga, studia a Dorpat con Bulmerincq, cui succede nella cattedra di diritto internazionale. La pubblicazione del volume *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* (1892) gli vale la chiamata a Bonn nella cattedra di *Staats- und Kirchenrecht*.

(5) *Archives de droit et de législation*, Bruxelles, 1837, t. I, p. 353.

classica. Ma la linfa vitale si era esaurita ed ora questa complicità danneggiava la crescita di una disciplina che stentava a divorziare da un paradigma minoritario e in parte screditato come quello giusnaturalista, soppiantato dallo storicismo e combattuto dal positivismo. Non di altro si lamentava Bulmerincq quando accusava il diritto naturale di avere avvolto lo *ius gentium* in filosofiche, dense, coltri di nebbia: « Die Verbindung des Völkerrechts mit dem Naturrecht hat jenes trivialisiert, anstatt es in die erträumten Höhen zu erheben, und es zugleich von seiner alleinigen Quelle, der internationalen Rechtsüberzeugung abgelenkt, ja diese Ueberzeugung vollständig in philosophische Nebeldünste verhüllt » (6).

I testi erano invecchiati, perpetuando una tradizione più gloriosa che rigorosa.

Se si pensa che ancora nella prima metà dell'Ottocento godeva di grande fortuna il *Droit de gens* di Vattel (7), risalente a un secolo prima (1758), si comprende l'insofferenza provata nel *milieu* dei giuristi per un siffatto ibrido filosofico-empirico.

Non che le fatiche di Vattel meritassero un voto di insufficienza. Al contrario. Era comprensibile che un'opera gradevole e accessibile come quella dovuta al diplomatico svizzero conservasse intatto il suo pubblico, mantenendo una certa freschezza a distanza di tempo. All'epoca in cui era stata pubblicata una meritata risonanza gli aveva arriso per la sua indubbia modernità: si era in presenza della prima trattazione di ampio respiro del diritto internazionale che ponesse a proprio fondamento la volontà sovrana degli Stati, allineati fra loro su di un piede di parità. Il suo è un individualismo molto accentuato che proietta sulla società internazionale l'immagine della coesistenza di soggetti indipendenti e uguali. Non vi è dubbio alcuno che con Vattel si apra una via nuova, come quella dell'ingresso nell'era positiva del diritto internazionale preparata fino ad allora da tanti precursori, ma senza grande impatto e senza altrettanta nitidezza.

---

(6) A. BULMERINCQ, *Praxis, Theorie und Codification des Völkerrechts*, Leipzig, 1874 p. 174. August-Michael Bulmerincq (1822-1890), nato a Riga, insegna a Dorpat e poi a Heidelberg, dove succede a Bluntschli.

(7) Emerich de Vattel (1714-1767), nativo di Neuchâtel, coniuga gli studi della filosofia di Leibnitz e Wolff con l'esperienza diplomatica al servizio dell'Elettore di Sassonia.

Solo che scalzare il diritto naturale non era stato poi così semplice. La coesistenza con la fonte positiva — la volontà degli Stati — di un'importante traccia di diritto naturale, ereditata dal maestro Wolff, alterava non poco la linearità e la coerenza logica del disegno. Per Vattel esiste un diritto delle genti, derivato dalla natura umana, necessario, immutabile e universale che s'impone agli Stati indipendentemente dalla loro volontà. L'idea di abbandonare il grande *droit des gens* al puro capriccio degli Stati o alla nebulosa consuetudine ripugnava a Vattel come a coloro che carezzavano addirittura l'idea di dissolvere questa categoria nel diritto naturale<sup>(8)</sup>. Di qui la differenziazione vatteliana delle fonti in diritto naturale puro e semplice, in diritto delle genti «volontario», fondato sul consenso presunto degli Stati — sorta quindi di diritto naturale «secondario» o «derivato» — e in diritto positivo vero e proprio, «arbitrario». Il primo di questi tre è subito neutralizzato, in quanto relegato ad una funzione morale; il terzo è ammesso, ma non in una posizione strategica, perché troppo mutevole; solo il secondo — quello «volontario» — è chiamato a giocare un ruolo decisivo<sup>(9)</sup>. Esso impone agli Stati, in nome del loro consenso «presunto», una serie di regole di convivenza destinate ad imbrigliare gli scarti del diritto «arbitrario», come tale inevitabilmente anarchico e poco adatto alla sedimentazione. La dottrina dei diritti

---

(8) Calzante al riguardo l'osservazione di Andrew Hurrell: «Vattel is struggling with the need to combine a universal foundation of law and morality with the increasingly divisive and conflictual political realities of his time. In this he reflects the tension between identity and difference, between pluralism and unity, that was common to so many aspects of Enlightenment thought» (A. HURRELL, *Vattel: Pluralism and Its Limits*, in I. CLARK, I. B. NEUMANN, *Classical Theories of International Relations*, Basingstoke and London, 1996, p. 247).

(9) «Le droit des gens *nécessaire* et le droit des gens *volontaire* sont donc établis l'un et l'autre par la nature, mais chacun à sa manière: le premier, comme une loi sacrée, que les nations et les souverains doivent respecter et suivre dans toutes leurs actions; le second, comme une règle, que le bien et le salut commun les obligent d'admettre dans les affaires qu'ils ont ensemble. Le droit *nécessaire* procède immédiatement de la nature; cette mère commune des hommes recommande l'observation du droit des gens *volontaire*, en considération de l'état où les Nations de trouvent les unes avec les autres, et pour le bien de leurs affaires. Ce double droit, fondé sur des principes certains et constants, est susceptible de démonstration» (E. de VATTEL, *Le droit des gens*, Paris, 1830, t. I, pp. 31-32).

fondamentali degli Stati trova qui, nel diritto « volontario », un'origine e una consacrazione importante <sup>(10)</sup>.

Nella metà del Settecento il passo compiuto da Wolff e Vattel era apparso di grande portata. Essi avevano gettato un ponte tra il diritto naturale e quello positivo: era la prima volta che ciò avveniva in modo tanto inequivocabile <sup>(11)</sup>.

Non è responsabilità dell'uno e dell'altro se il quadro concettuale non si modifica molto nei cento anni successivi. Accanto al positivismo erudito dei Moser, condannato per la sua mole e stile intellettuale alla marginalità, si stagliano opere che, con diversa abilità, cercano di rendere omaggio al principio giusnaturalista senza lasciarsene troppo condizionare nella trattazione degli istituti. Un'attitudine che trova tipica espressione in Friederich de Martens, artefice particolarmente dotato di questa mediazione tra diritto naturale e diritto positivo <sup>(12)</sup>.

Il testo forse più esemplare di questa età di mezzo del diritto internazionale è comunque l'opera di Wheaton <sup>(13)</sup>. Bisogna attendere il 1836 perché la scienza giuridica europea si accorga della presenza di una riflessione sul diritto internazionale. Il *droit de gens* si risveglia dal suo torpore per impulso di un diplomatico americano, Henry Wheaton appunto, versato nella storia e nel diritto che

---

<sup>(10)</sup> « A travers la doctrine des droits et devoirs parfaits des États, subsiste en effet un projet qui, pour être limité dans son objet et son champ d'application, ne s'inscrit pas moins dans une visée du droit typiquement jusnaturaliste » (E. JOUANNET, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, Paris, 1998, p. 163).

<sup>(11)</sup> « En plaçant à côté du droit naturel, modifié ou non, le jus arbitrarium et liberum, Wolff et ces disciples ont jeté un pont reliant leur conception à la théorie qui, dans les relations des peuples, accorde une place prépondérante au droit positif » (J. KOSTERS *Les fondements du droit des gens, Bibliotheca Visseriana*, t. IV, Lugduni Batavorum, 1925, p. 77).

<sup>(12)</sup> Martens affida al diritto positivo il compito di consentire agli Stati la modifica e integrazione del diritto naturale: « Différents motifs doivent les engager, tantôt à mitiger la rigueur de la loi naturelle, tantôt à déterminer les points douteux, ou à régler ceux qu'elle passe sous silence; tantôt même à s'écarter de cette réciprocité de droits que la loi universelle établit également pour toutes les nations » (G.-F. de MARTENS, *Précis du droit des gens moderne de l'Europe* (1788), Paris, 1864, t. I, p. 46).

<sup>(13)</sup> Henry Wheaton (1785-1848), laureato a Brown, avvocato dapprima, assistente alla Corte suprema poi, entra nel servizio diplomatico a partire dal 1827, rappresentando gli Stati Uniti prima in Danimarca, poi in Prussia.

impiega i tempi morti della sua missione a Berlino in un'operosa ricerca. Il merito dei suoi *Elements of International Law* sta nella loro nitidezza, nella chiarezza degli enunciati che, pur senza essere necessariamente innovativi, colpiscono per concisione e completezza al punto da valergli persino una traduzione in cinese nel 1865. La sua impostazione può essere definita 'mista' in quanto, per il maggior sollievo dei suoi lettori, Wheaton ridimensiona il peso delle bizantine classificazioni del diritto naturale care a Wolff e Vattel. Il diritto internazionale, dice, « does not merely consist of the principles of natural justice applied to the conduct of states considered as moral beings. It may, indeed, have a remote foundation of this sort; but the immediate visible basis on which the public law of Europe, and of the American nations which have sprung from the European stock, has been erected, are the customs, usages, and conventions observed by that portion of the human race in their mutual intercourse »<sup>(14)</sup>.

E tuttavia la sua originalità concettuale e metodologica è limitata<sup>(15)</sup>. Non si spinge tanto in là da tagliare i ponti una volta per tutte con il diritto naturale che resta pur sempre una delle fonti ufficiali del diritto internazionale. Del pari, a rimanere cruciale è anche la consueta classificazione dei diritti fondamentali degli Stati, vero architrave dell'opera. Abile diplomatico, brillante scrittore, Henry Wheaton appartiene alla categoria dei divulgatori di classe. Ma nulla di più.

La buona accoglienza che il pubblico tributa all'opera di Wheaton prova che l'autore aveva colto lo spirito del tempo, e spiega anche la fortuna che arride al più rigoroso Heffter, coevo autore tedesco<sup>(16)</sup>. Per un pubblico sempre meno propenso alle dissertazioni giusnaturaliste e sempre più sensibile alla celebrazione storicista della consuetudine e della prassi andavano a genio le iniziative editoriali, come appunto quella di Heffter, poggiate su un solido fondamento di dati concreti. Heffter rompe apparentemente con il diritto naturale. Per

---

<sup>(14)</sup> H. WHEATON, *Elements of International Law*, Philadelphia, 1836, p. 45.

<sup>(15)</sup> « Il fait connaître; il ne fait pas avancer » è il commento di La Pradelle (A. de La PRADELLE, *Maîtres et doctrines du droit des gens*, Paris, 1950<sup>2</sup>, p. 210).

<sup>(16)</sup> Augusto-Guglielmo Heffter (1796-1880), nativo della Sassonia, è magistrato e professore a Bonn.

lui « les États n'admettent entre eux d'autres lois obligatoires que celles résultant d'un consentement réciproque »<sup>(17)</sup>. Senonché la coerenza della costruzione positivista s'incrina non appena l'autore presta il suo avallo alla classificazione tutta giusnaturalista dei diritti fondamentali degli Stati. Che base positiva vantano questi « diritti fondamentali »?

L'interrogativo a questo punto s'imponeva: si era in presenza di autentico positivismo o di empirismo? Porre la domanda era lecito nella misura in cui queste opere innestano un ottimo dominio della prassi su un'eredità concettuale accettata tale e quale senza beneficio d'inventario. La risposta che dava Pradier-Fodéré, autore di un trattato piuttosto diffuso nella seconda metà dell'Ottocento, rivela l'insoddisfazione verso queste ricostruzioni nelle quali « tout est contingent, relatif, contradictoire ». La vera scienza è quella che « se tient à égale distance de l'utopie et de l'empirisme »<sup>(18)</sup>. Comprensibile allora che per alcuni fosse ancora « l'école de Grotius » a dominare la scienza del diritto internazionale: alla fine essa dava conto del « droit international idéal » e del « droit qui est »<sup>(19)</sup>.

Il laborioso magistrato coglieva nel segno, ma il rinnovamento del diritto internazionale difficilmente sarebbe venuto dall'ecclettica dottrina francese, e tantomeno dall'insistere sulla scia groziana.

Se di svolta si deve parlare, questa coincide con la pubblicazione di un libro nel 1847 che segna un netto salto di qualità nella riflessione del diritto internazionale su se stesso: mi riferisco alla *Kritik des Völkerrechts* di Kaltenborn<sup>(20)</sup>. L'opera riprendeva il titolo di un saggio pubblicato sette anni prima da un magistrato, Gagern, che aveva accumulato una certa esperienza diplomatica<sup>(21)</sup>.

(17) A.G. HEFFTER, *Le droit international de l'Europe*, traduit par J. BERGSON, édition augmentée par F.H. GEFFCKEN, Berlin-Paris, 1883, p. 7.

(18) P. PRADIER-FODÉRÉ, *Traité de droit international public européen et américain*, Paris, 1885, t. I, pp. 22-23.

(19) *Ibidem*, p. 65.

(20) Karl Kaltenborn von Stachau (1817-1866) professore di diritto pubblico (a Königsberg) e diplomatico (a Kassel) si distingue quale profondo conoscitore del diritto marittimo, in particolare di quello bellico, cui dedica un corposa monografia nel 1851.

(21) Hans Christoph Ernst von Gagern (1766-1852) è, nell'ordine, rappresentante di Guglielmo d'Orange al Congresso di Vienna, presidente di tribunale e ministro del Nassau-Weilburg, deputato alla Confederazione germanica. Kaltenborn è prodigo di

Al contrario però dell'omonimo precedente, tanto brillante quanto aforistico, la riflessione di Kaltenborn si distingueva per il rigore del metodo, per la completezza delle fonti bibliografiche, nonché per l'accuratezza della ricerca storica, coronata quest'ultima l'anno seguente da una profonda indagine sui precursori di Grozio (22).

Ben poco lusinghiero è il bilancio della scienza del diritto internazionale alla metà del XIX secolo che Kaltenborn riassume nei seguenti punti:

1) la dottrina positiva analizza empiricamente le fonti senza ricostruirne il senso alla luce di una teoria generale. Per parte sua, la filosofia tratta del diritto internazionale in modo speculativo senza conoscerne gli istituti. L'una e l'altra non dialogano fra loro (23). La collocazione degli istituti in un quadro concettuale coerente è rimasta allo stadio rudimentale (24), al punto che la sistematica si riduce per lo più « auf einen mehr oder weniger willkürlichen (« arbitrario ») Schematismus » (25). La conseguenza è che la battaglia per la legittimità (« Berechtigung ») non è ancora finita — « ist noch nicht vorüber ». Persino l'esistenza stessa del diritto internazionale è ancora scientificamente indimostrata — « ist mit wissenschaftlichen Gründen nach dem heutigen Standpunkte

---

elogi per il suo *Kritik des Völkerrechts* in quanto questo saggio rompeva con la tradizione dei piatti manuali di diritto internazionale, affrontando con stile vivace i principali capitoli aperti della materia. Quanto al fondamento filosofico del diritto internazionale, questo è ricondotto al diritto naturale. Precedenti degni di nota rispetto a Gagern e Kaltenborn sono le rassegne bibliografiche di Dietrich von Ompteda e di Karl von Kampz (del primo, la *Literatur des gesammten sowohl natürlichen und positiven Völkerrechts*, Regensburg, 1785, del secondo, *Neue Literatur des Völkerrechts von 1784 bis 1794*, Berlin, 1817).

(22) Il senso dell'opera era quello di mostrare le radici protestanti del diritto internazionale moderno, a partire da autori poco conosciuti del Cinquecento tedesco — « die eigentlichen Träger und Repräsentanten der neuen Naturrechtswissenschaft » — senza con questo disconoscere il contributo dei giuristi cattolici i quali però « erscheinen als die letzten Ausläufer der mittelalterlichen Rechtsansicht » (C. von KALTENBORN, *Die Vorläufer des Hugo Grotius*, Leipzig, 1848, p. 24).

(23) C. KALTENBORN von STACHAU, *Kritik des Völkerrechts*, Leipzig, 1847, p. 132.

(24) « Aber die theoretische Verarbeitung und organische Auferbauung der Völkerrechtsgrundsätze nach diesen postulierten höheren Gesichtspunkten ist noch unvollkommen genug zu nennen. Die Ausführung ist weit hinter den Wünschen und Absichten zurückgeblieben » (*Ibidem*, p. 227).

(25) *Ibidem*, p. 228.

der Theorie, auch in formell vollendeter Weise, noch nicht dar-  
gethan »<sup>(26)</sup>;

2) manca una ricerca storica degna di questo nome su istituti  
e scienza del diritto internazionale;

3) l'ambito di validità del diritto internazionale, in quanto  
limitato ai soli Stati cristiani, non è ancora fissato con precisione;

4) i confini da un lato con il diritto pubblico e privato,  
dall'altro con la morale e la religione, non sono chiaramente trac-  
ciati;

5) questioni come la guerra, la colonizzazione, l'intervento  
rimangono nel vago;

6) i rapporti tra i soggetti immediati del diritto internazio-  
nale — gli Stati — e quelli mediati — gli individui — non sono  
esaminati;

7) il nesso tra lo Stato di diritto interno e la disciplina  
giuridica della comunità internazionale resta inesplorato<sup>(27)</sup>.

Queste *Cardinalfragen der Völkerrechtswissenschaft* attendevano  
una risposta. Senza limitarsi ad enunciarle, Kaltenborn indica le due  
direzioni di una possibile riscossa scientifica del diritto internazionale,  
individuate in due principi tra loro correlati: il principio soggettivo che  
vuole gli Stati quali destinatari del diritto internazionale; e quello og-  
gettivo che vede nella comunità internazionale l'ordine giuridico di cui  
gli Stati sono parte e al quale sono subordinati. « Der Staat ist aber  
nicht das höchste und absolute Institut des Rechts »: il riconoscimento  
di questo primato dell'ordinamento internazionale, considerato quale  
« höhere Ordnung », è l'assioma fondamentale<sup>(28)</sup>. Beninteso, questo  
non significava il ritorno al postulato giusnaturalista. L'ordinamento  
internazionale riposa sulla sovranità degli Stati, certo; ma questi gli  
sono legati da un vincolo di necessità, non potendo emanciparsene o  
disconoscerlo. Fin quando si persevera a considerare la sovranità come  
la regola e la solidarietà internazionale quale l'eccezione, si è indotti  
a percepire ogni limitazione della prima alla stregua di un'abdicazione  
e di una costrizione. Al contrario, se si riconosce nella comunità in-  
ternazionale un completamento organico e necessario della vita sta-

<sup>(26)</sup> *Ibidem*, p. 229.

<sup>(27)</sup> *Ibidem*, p. 229.

<sup>(28)</sup> *Ibidem*, p. 263.



tuale — « erkennt im Völkerrechtsleben eine organische, eine sittliche nothwendige Gemeinschaft » — allora la sovranità diviene qualcosa di simile alla libertà individuale che nell'organismo Statale trova la sua piena realizzazione <sup>(29)</sup>. « Das internationale Leben ist alt. Das Völkerrecht ist ein Product der Neuzeit »: così come la cultura cristiana-protestante aveva tenuto a balia l'infanzia del diritto internazionale, nello stesso modo il tempo presente doveva prendere coscienza della centralità di questo ordinamento giuridico nella vita fra gli Stati. Il diritto internazionale fiorirà spontaneamente dal consolidamento dello Stato-di-diritto, ne costituirà il frutto più alto e maturo, il naturale prolungamento <sup>(30)</sup>.

Davvero impegnativo questo programma abbozzato da Kaltenborn, nel suo equilibrio tra principio soggettivo e oggettivo, tra sovranità e comunità internazionale, e ciò spiega perché una dottrina tedesca che si era prefissata nell'immediato il rinnovamento del diritto pubblico interno, esiti a intraprendere un lavoro di simili proporzioni. Per oltre vent'anni l'esortazione di Kaltenborn non è raccolta. È forse anche plausibile supporre che a questa pressoché stasi della scienza giuridica non sia estranea la questione dell'unificazione tedesca, la quale mal si conciliava con un approccio legalistico alle relazioni internazionali, destinate — ormai era chiaro — ad essere decise nell'immediato sul campo di battaglia.

Sta di fatto comunque che il rinvio dell'offensiva auspicata da Kaltenborn lascia un certo respiro agli epigoni del diritto naturale, ai quali è concesso di occupare sino alla fine del secolo uno spazio sproporzionato rispetto a quello loro accordato in altri ambiti disciplinari. Del resto non senza recare qualche beneficio a futura memoria, nella misura in cui il tardo giusnaturalismo lasciava dietro di sé una scia di intuizioni, poco sistematizzate certo, ma di sicuro interesse. Un esempio eloquente è quello di Pasquale Fiore <sup>(31)</sup>.

---

<sup>(29)</sup> *Ibidem*, p. 267.

<sup>(30)</sup> « Das Völkerrecht muss organisch aus dem inneren Rechtsleben des Staates erwachsen und ist die consequente und naturgemässe Manifestierung auch im auswärtigen Staatsleben. Das Völkerrecht ist nichts anderes als die Peripherie des Staats- und Privatrechtes, wenn wir diese beiden letzteren als das Centrum des nationalen Rechtswesens betrachten » (*Ibidem*, p. 271).

<sup>(31)</sup> Pasquale Fiore (1837-1914) insegna a Pisa, Torino e Napoli. Coltiva oltre al

Scrittore operoso, ma poco geometrico, generoso ma non sempre rigoroso, egli riassume bene pregi e difetti di questo filone. Si pensi che ancora alla fine della carriera, ignorato in patria dagli astri nascenti della scuola giuspositivista, il vecchio maestro napoletano trovava la forza di ribadire il suo credo: anche l'individuo è soggetto di diritto internazionale. « Les publicistes », incalzava polemico, « par application de leur théorie inexacte que seul l'État est une personne et que par conséquent on ne saurait attribuer la personnalité internationale à l'homme, ont fomenté l'erreur déplorable que les droits de l'homme n'existent qu'à l'égard du droit public interne » (32). Citando l'art. 40 del trattato di Berlino del 1878 che accordava alla minoranza serba il diritto a un trattamento « conforme al diritto internazionale » (33), Fiore rilancia la sua liberale convinzione: « L'homme aussi doit être considéré comme sujet de droit international, et il peut, comme tel, en réclamer l'application pour obtenir le respect de ce que nous appelons les droits de la personnalité humaine ou les droits internationaux de l'homme » (34).

Inutile perorazione: il verbo giusnaturalista era condannato a restare appannaggio di una minoranza eccentrica rispetto alla comunità scientifica dominante. Era finito il tempo del proselitismo. Le ironie di Holtzendorff (35) sul « principio di nazionalità », invocato con molto slancio ma senza grande rigore dai seguaci

---

diritto internazionale pubblico anche quello privato. Le sue opere ricevono traduzioni in francese e inglese.

(32) P. FIORE, *La science du droit international. Horizons nouveaux*, in R.G.D.I.P., 1909, p. 472.

(33) Art. 40: « Jusqu'à la conclusion d'un traité entre la Turquie et la Serbie, les sujets serbes voyageant ou séjournant dans l'Empire ottoman seront traités suivant les principes généraux du droit international ».

(34) P. FIORE, *La véritable mission de la science du droit international pour donner à la société internationale son organisation juridique*, in R.D.I.L.C., 1910, p. 171. « Ogni attentato alla inviolabilità ed alla libertà dell'uomo ed ai diritti che a lui appartengono secondo il Diritto internazionale, potrà legittimare l'ingerenza collettiva degli Stati civili per ripristinare l'ordine giuridico violato » (P. FIORE, *Il diritto internazionale codificato e la sua sanzione giuridica*, Torino, 1909, p. 308).

(35) Franz von Holtzendorff (1829-1889), dopo aver studiato a Berlino, Heidelberg e Bonn insegna il diritto pubblico e penale prima a Berlino e in seguito a Monaco. Molto conosciuto all'estero, dove si reca spesso, promuove iniziative editoriali enciclopediche di grande risonanza.

di Mancini, sono solo l'avvisaglia di una ben più ampia demolizione <sup>(36)</sup>. La nazione, questo vessillo del « nuovo diritto delle genti » fa la sua apparizione per un momento nella scienza del diritto internazionale per fuoriuscirvi poco dopo, una volta preso atto della sua pericolosità <sup>(37)</sup>. A scacciarlo è il dogma dell'assoluta statualità del diritto internazionale, che nello Stato trova il centro di gravitazione della sua orbita, tanto più sicura e regolare quanto più ermeticamente chiusa a fatali tentazioni dai seducenti nomi di « nazione », « individuo », « natura »

Le fatiche che attendevano l'« Internazionale dei professori » erano sin troppo gravose per permettere d'inseguire piste allettanti. Tutto o quasi era da ricostruire o consolidare: dai concetti fondamentali al contenuto degli istituti. Addirittura non esisteva neppure una scienza « internazionale » del diritto internazionale. Ed era proprio da qui che premeva cominciare.

### 1.2. *L'« Internazionale » dei professori*

« Ce n'est qu'à une époque récente que les divers systèmes juridiques sont venus en contact plus intime les uns avec les autres ». L'osservazione di Nippold <sup>(38)</sup> era meno ovvia di quanto possa sembrare <sup>(39)</sup>. Che la scienza comparatista vantasse una storia recente è qualcosa di evidente; ma forse meno scontato è che ancora nella metà del XIX secolo il diritto internazionale fosse profonda-

---

<sup>(36)</sup> Fr. von HOLTZENDORFF, *Le principe des nationalités et la littérature italienne du droit des gens*, in R.D.I.L.C., 1870, p. 92 e sgg.

<sup>(37)</sup> Segnalata anche da un autore italiano, Guido Padelletti, all'indomani della guerra franco-prussiana (*L'Alsace et la Lorraine, et le droit des gens*, R.D.I.L.C., 1871, p. 495).

<sup>(38)</sup> Otfried Nippold (1864-1938) studia il diritto a Halle, Tübingen e Jena. Dopo una breve esperienza come referendario, insegna dal 1889 al 1892 il diritto internazionale a Tokio. Lavora per il ministero degli esteri tedesco dal 1896 al 1898. Tra gli ideatori dell'*Académie de droit international*, fonda con Alfred Fried e Walter Schücking nel 1911 il pacifista *Verband für internationale Verständigung*. Nel 1917 elabora un progetto per una lega internazionale e viene, dopo la guerra, nominato presidente della massima istituzione giudiziaria della Saar. Nel 1927 è chiamato alla cattedra di diritto internazionale a Berna.

<sup>(39)</sup> O. NIPPOLD, *Un projet d'association internationale des spécialistes du droit des gens*, R.G.D.I.P., 1909, p. 83.

mente lacerato da antagonismi nazionali per nulla sopiti dalle varie *ententes cordiales* succedutesi dopo il Congresso di Vienna: su terreni quali la guerra e la neutralità — lo vedremo a suo tempo — i contrasti sono veementi come all'epoca delle grandi lotte per l'egemonia del secolo precedente. La radice comune del diritto naturale, pur fornendo un linguaggio affine, non era servita a sanare la frattura degli interessi nazionali contrapposti, dietro cui si schierano volentieri i cultori della materia. Il dialogo a distanza assumeva non di rado il tono aspro della recriminazione; il « consenso della dottrina » stentava a varcare i confini geopolitici e culturali più prevedibili: terra contro mare, « Civil Law » contro « Common Law ».

Il quadro che si presentava agli studiosi di diritto internazionale all'interno dei rispettivi circuiti accademici non era a sua volta dei più incoraggianti. Nelle università la materia veniva del tutto ignorata o relegata a insegnamenti marginali di filosofia. In Italia, la cattedra di Pasquale Stanislao Mancini nel 1851 a Torino tiene a battesimo una nutrita ed autorevole scuola, che fa da contrasto al ritardo della Francia, dove occorre attendere il 1889 perché il diritto internazionale divenga materia obbligatoria d'insegnamento e trovi discepoli. Fino alla metà del XIX secolo ad occuparsi del diritto internazionale erano i diplomatici nelle frazioni di libertà lasciate dalle loro occupazioni più che i professori, inclini a disdegnare una branca del giure così poco tecnica. « Eine Zierpflanze in den Lustgärten der Diplomaten », la descrive ironico il brillante ed operoso Bulmerincq, uno degli agguerriti positivisti che si lancia nell'impresa di rendergli la dignità perduta <sup>(40)</sup>.

Basta questa premessa per intuire che importanza rivestano tre eventi, seguiti a breve distanza l'uno dall'altro: il lancio nel 1869 della *Revue de droit international et de législation comparée* fondata da Asser, Westlake e Rolin-Jaequemyns con la benedizione di Mancini <sup>(41)</sup>; la fondazione dell'*Institut de droit international* con il contributo di due grandi giuristi liberali come Lieber e Bluntschli; la

<sup>(40)</sup> BULMERINCQ, *Praxis, Theorie und Codification des Völkerrechts*, cit., p. 172.

<sup>(41)</sup> Queste notizie sono riportate nel necrologio di Rolin-Jaequemyns, pubblicato dalla R.D.I.L.C., 1902, p. 109 e sgg.

creazione dell'*Association for International Law*, fusione tra la britannica *Association for the Promotion of Social Science* e la belga *Association internationale pour le progrès des sciences sociales* (42); da ultimo l'avvento dell'*American Society of International Law*, nata nel 1906 (43).

Dietro queste iniziative è riconoscibile innanzitutto la passione civile di un pugno di giuristi, animati da una fede incondizionata nella scienza, nella sua missione di pace e di civiltà. Ma si scorge anche il segno dei tempi nella faticosa data del 1870, inizio di un'epoca di delicato assestamento della scena internazionale. Si entrava in una fase gravida di promesse e di tensioni: era necessario che la dottrina giuridica promuovesse la convivenza pacifica con uno sforzo collettivo. I nomi degli animatori di tanta impresa ricorrono spesso nelle pagine di questo libro: Gustave Rolin-Jaequemyns (44), Pasquale Stanislao Mancini (45), Tobias Asser (46),

---

(42) « Our Association, without attempting this purely scientific treatment of questions of international law, has occupied itself in popularizing such questions by public discussion, in bringing to bear on their solution the suggestions of practical men — shipowners, merchants, and practising lawyers of different nationalities, — and in formulating recommendations likely to have practical effects » (*Reports of the First Conference held at Brussels, 1873, and of the Second Conference held at Geneva, 1874*, London, 1903, p. VI).

(43) F.L. KIRGIS, *The Formative Years of the American Society of International Law*, in A.J.I.L., 1996, p. 559 e sgg.

(44) Il belga Gustave Rolin-Jaequemyns (1835-1902) vanta due titoli per essere ricordato: la fondazione della *Revue de droit international et de législation comparée* nel 1868 insieme ad Asser e Westlake e il battesimo dell'*Institut* nel 1873. Professore all'Università di Bruxelles, membro del Consiglio superiore dello Stato indipendente del Congo, fu per dieci anni il consigliere del re del Siam.

(45) Mancini (1817-1888), patriota e infaticabile promotore del diritto internazionale pubblico e soprattutto privato, somma alla carriera accademica, culminata nella nomina a professore di diritto internazionale nel 1850 a Torino, quella politica. Più volte ministro, promuove un'iniziativa diplomatica su larga scala per giungere ad una conferenza sul diritto privato internazionale.

(46) Tobias Michael Asser (1838-1913) è il giurista che più contribuirà alla preparazione dottrinale delle grandi conferenze dell'Aja sul diritto internazionale privato cui prenderà parte nella veste di rappresentante olandese e di presidente. Prima professore poi consigliere di Stato, alterna all'insegnamento le missioni diplomatiche: basta ricordare la conferenza sulla navigazione del Reno, sul trasporto internazionale delle merci, sui cavi sottomarini, sul Congo, sul Canale di Suez, sull'oppio, sulla pace.

Emile de Laveleye <sup>(47)</sup>, Bluntschli <sup>(48)</sup>, Francis Lieber <sup>(49)</sup>, John Westlake, David Dudley-Field <sup>(50)</sup>.

L'unione fa la forza. Innanzitutto per sostenersi reciprocamente nella lotta ingaggiata all'interno della corporazione accademica con-

<sup>(47)</sup> Emile de Laveleye (1822-1892) è un esponente di primo piano del liberalismo ottocentesco. Pubblicista prolifico e notissimo al di fuori del suo paese natale, il Belgio, coltiva molti interessi che spaziano dall'economia al diritto, dalla storia alla letteratura. Approda al diritto internazionale mosso dalla preoccupazione, tutta liberale, di favorire la cooperazione e la conciliazione all'insegna del progresso globale e armonico della civiltà.

<sup>(48)</sup> Johann-Kaspar Bluntschli (1808-1881) lascia la nativa Zurigo per studiare in Germania dove diviene allievo a Berlino di Savigny e Niebuhr. Docente di diritto romano e privato a Zurigo, si distingue quale animatore del gruppo liberale nell'arengo politico svizzero. Passa poi a insegnare a Monaco (1847) e a Heidelberg (1861) dove succede a Von Mohl. Nel frattempo il suo nome figura tra quelli degli animatori delle riunioni dei giuristi tedeschi, presiedendo il *Juristentag* di Dresda nel 1861. Abbraccia in seguito lo studio del diritto pubblico, cui lo spingono i suoi interessi politici. La sua *Teoria dello Stato moderno* è considerata un'opera capitale nella scienza del diritto pubblico tedesco della seconda metà del secolo. Successivamente, comincia a coltivare il diritto internazionale nell'ultima fase della sua attività scientifica a Heidelberg. È tra i fondatori dell'*Institut de droit international* e fa parte della delegazione tedesca alla conferenza del 1874 sulle leggi di guerra.

<sup>(49)</sup> La vita di Francis Lieber non è una biografia, bensì un autentico romanzo. Nato nel 1800 a Berlino, nel 1814(!) si arruola nell'esercito prussiano e combatte a Waterloo l'anno seguente dove viene ferito. Arrestato nel 1819 per le sue idee liberali e rilasciato dopo qualche mese, studia il diritto nei due anni successivi fino a quando, nel 1821, si imbarca a Marsiglia (raggiunta a piedi da Berlino!) per combattere con i patrioti greci. Lasciata la Grecia per l'Italia vi incontra Niebuhr sotto la cui protezione ritorna in Germania, dove viene nuovamente arrestato nel 1824. Stanco delle persecuzioni poliziesche, parte per l'Inghilterra dove vive per due anni insegnando tedesco. Nel 1827 lascia il paese per gli Stati Uniti che diventeranno la sua patria di elezione e dove gli arriderà una brillante carriera accademica. Gli apriranno le porte il *Columbia college* e i migliori salotti della capitale dove diventerà amico di personaggi di spicco — fra cui Lincoln. Tra le sue opere principali: *Manual of Political Ethics, Legal and Political Hermeneutics, Civil Liberty and Self-Government, On Property and Labour* cui si aggiungono innumerevoli saggi minori a carattere giuridico. Muore il 2 ottobre 1872.

<sup>(50)</sup> David Dudley-Field (1805-1894), avvocato newyorkese, si adopera in patria per la riforma e la codificazione del diritto interno, riuscendo a imporre in più di uno Stato dell'Unione il suo progetto di codice di procedura civile. Fervido partigiano dell'arbitrato — è tra i primi ad invocarlo per il caso *Alabama* — si conquista una solida fama con il suo imponente progetto di codificazione del diritto internazionale pubblico e privato (*Outlines of an International Code*) che, nella versione del 1876, viene tradotto in italiano da Augusto Pierantoni.

tro legioni di detrattori e di scettici — i « Leugner des Völkerrechts », con cui ogni buon internazionalista deve fare i conti. In secondo luogo, per coltivare la memoria collettiva, cemento dell'identità di corpo, attraverso la coscienza delle radici, del percorso compiuto, al punto che praticare la storia del diritto internazionale diviene una tappa obbligata nel *cursus* di ogni neofita. Ed ancor più per inaugurare in comune una stagione della ricerca all'insegna del cosmopolitismo, in sintonia con le aspirazioni della borghesia transnazionale di cui erano la migliore espressione. La parola d'ordine è « codificazione » <sup>(51)</sup>.

Fare ordine nel patrimonio avito e rinnovarlo per adeguarlo allo sviluppo impetuoso della civiltà. Il diritto internazionale doveva essere conosciuto, ricostruito, riformato. La patologia di cui soffriva si chiamava incertezza, incompletezza ma anche ingiustizia sostanziale, irrazionalità. Per giungere alle conferenze diplomatiche che canonizzassero il diritto internazionale occorreva che i giuristi facessero la loro parte: « Bevor aber diese Arbeit in Angriff genommen werden könnte, müsste auch für das Völkerrecht die organische Rechtswissenschaft wirksam sein, das positive Material an den Tag fördern und es principiell ordnen, ohne diese Vorarbeit bleibt auch ein völkerrechtliches Gesetzbuch eine Unmöglichkeit » <sup>(52)</sup>.

Programma di astratta dottrina? Niente affatto. Va detto subito che nell'epoca di cui trattiamo lo iato tra teoria giuridica e prassi diplomatica è molto meno cospicuo di quanto non sia oggi. I nomi dei grandi tenori della scienza giuridica figurano regolarmente a fianco delle delegazioni nelle principali conferenze che scandiscono la storia diplomatica del periodo. E la loro presenza è tutt'altro che protocollare. Philip Zorn e Fedor de Martens <sup>(53)</sup> giocano un ruolo

<sup>(51)</sup> Sui progetti di codici internazionali elaborati da singoli autori o promossi da organizzazione scientifiche e pacifiste, si veda R. P. DHOKALIA, *The Codification of Public International Law*, Manchester, 1970, p. 15 e sgg.

<sup>(52)</sup> BULMERINCQ, *op. cit.*, p. 179.

<sup>(53)</sup> Fedor MARTENS (1845-1909) dopo essersi formato in Germania, insegna il diritto internazionale a San Pietroburgo fino alla morte. Svolge per conto del governo russo numerose attività di consulenza giuridica, accompagnando tra l'altro la delegazione russa alla conferenza di Bruxelles del 1874 e giocando un ruolo di primo piano alle due Conferenze dell'Aja del 1899 e 1907. Il suo manuale viene tradotto, tra le altre lingue,

di primo piano alla conferenza dell'Aja del 1899. Louis Renault <sup>(54)</sup>, Heinrich Lammasch, James Brown Scott <sup>(55)</sup>, partecipano da protagonisti alla conferenza dell'Aja del 1907.

Non sempre gli sforzi profusi saranno premiati. Accanto ad alcune vittorie, molte delusioni attendono lungo il cammino i pellegrini di questa scienza. Ciò non diminuisce nemmeno un pò il valore del loro impegno. L'*Institut* riceverà nel 1904 il premio Nobel per la pace: decisamente un riconoscimento ben meritato.

## 2. *La costruzione scientifica della disciplina*

### 2.1. *Lo Stato sopra il diritto, o il verdetto di Hegel e Austin*

Per il diritto internazionale che abbandonava i lidi del giusnaturalismo in cerca della sospirata consacrazione scientifica il positivismo non offriva sempre e necessariamente un approdo accogliente. Tutt'altro! Ad accostarvisi senza bussola esso correva il rischio di un rovinoso naufragio.

Il diritto internazionale non è un diritto. A pronunciare questo severo verdetto non è una giuria qualsiasi: sono Hegel, Austin e coloro che si richiamano alla loro concezione del diritto positivo.

Hegel immagina una società internazionale formata da volontà sovrane in competizione tra loro. La relazione con gli altri Stati è necessaria per acquisire l'identità — « completata dal riconosci-

---

in cinese, giapponese, persiano e serbo. Era considerato la *summa* della dottrina giuridica della diplomazia russa. Partecipa infine a importanti collegi arbitrati.

<sup>(54)</sup> Louis Renault (1843-1918), professore di diritto internazionale a Parigi dal 1881, è l'esperto della materia di gran lunga più influente della Francia del suo tempo, e non solo per il suo talento scientifico (lo si definirebbe più che altro un chiaro sistematore). Giureconsulto del ministero degli esteri, partecipa con un ruolo di protagonista alle due Conferenze dell'Aja e a quella di Londra, oltre a contribuire analogamente alla codificazione del diritto internazionale privato.

<sup>(55)</sup> James Brown Scott (1866-1943) è il tipico esponente della migliore accademia nordamericana di fine secolo: colta, elegante e cosmopolita. Studia a Harvard, Berlino, Heidelberg e Parigi. Dopo un breve apprendistato forense, insegna in varie università, approdando infine a Columbia. Consulente giuridico del Dipartimento di Stato, partecipa alla Seconda Conferenza dell'Aja. Quale direttore della divisione per il diritto internazionale della Fondazione Carnegie anima molteplici e rilevanti iniziative editoriali, tra cui la pubblicazione dei « Classici ».



mento da parte degli altri Stati » <sup>(56)</sup> — ma è anche una fonte di perenne conflitto. Non vi è alcun giudice sopra gli Stati, pertanto essi « sono l'uno verso l'altro nello stato di natura, e i loro diritti hanno la loro realtà non in una volontà universale costituita a potere sopra di essi, bensì soltanto nella loro volontà particolare » <sup>(57)</sup>. Pertanto la guerra è una condizione naturale della dialettica tra gli Stati, cosicché essa deve essere condotta in modo tale da consentire il ripristino delle condizioni di pace: il passaggio dall'uno all'altro stato è un processo fisiologico. Meglio ancora, la guerra consente l'espressione degli spiriti nazionali, in qualche misura asseconda il progresso della storia. Che autonomia può avere il diritto internazionale in questo sistema? Hegel lo colloca nella rubrica dell'« *äusseres Staatsrecht* »: come a ribadire che il diritto internazionale procede dalla volontà sovrana dello Stato e senza di esso non è nulla.

Austin è ancora più adamantino: « The law obtaining between nations is not positive law: for every positive law is set by a given sovereign to a person or persons in a state of subjection to its author ». Non appena definita la norma giuridica come comando, null'altro occorre perché dall'assioma discendesse un così ovvio corollario: il diritto internazionale è niente più che una morale <sup>(58)</sup>.

Personalità e filosofie tra loro ben diverse quelle di Hegel e Austin, che s'incontrano però nella comune scempi verso lo *ius gentium*.

Chi ritenesse che queste meditazioni rimangano confinate alla sfera filosofica sbaglierebbe: esse trovano adepti tra i ranghi di autorevoli giuristi tedeschi.

Il più fedele seguace della lezione di Hegel sul diritto internazionale è certamente Adolf Lasson.

Un tratto colpisce più di ogni altro della sua opera: la schietta ammissione, o piuttosto esaltazione, della hegeliana lotta fra Stati etici. Nella competizione tra gli Stati vige la legge del più forte, « *nur die Macht entscheidet, nur der Starke kann bestehen, und der*

<sup>(56)</sup> G.F.W. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto* (1820), trad. it., Milano, 1996, p. 553.

<sup>(57)</sup> *Ibidem*, p. 555.

<sup>(58)</sup> J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge, 1995, lecture VI, p. 171.

Schwache ist schon um der blossen Schwäche willen zum Untergange bestimmt » (59). Le regole di diritto internazionale? Esse vigono nella misura in cui e fino a quando non intralcino l'autoconservazione dello Stato (60). Pertanto « dieses precären Charakters wegen ist das Völkerrecht kein Recht »: il diritto internazionale non è diritto (61). Sono regole di saggezza (« Klugheitsregeln »), non obblighi giuridici (« Rechtsgebote ») (62), un insieme di costumi (« Sitten ») utili da osservare. Logico quindi ritenere che i trattati internazionali conservino la loro attualità solo fintanto che esprimano il reale stato dei rapporti di forza, per diventare irragionevoli, privi di senso, non appena le circostanze cambino: « Sie werden augenblicklich unvernünftig, sobald sich dieses Machtverhältnis durch irgend welche Ereignisse in der geschichtlichen Bewegung wesentlich verändert hat » (63). La *clausula rebus sic stantibus* è immanente a qualsiasi trattato e lo Stato può farla valere quando vuole. La sorte del trattato è sospesa al filo della potenza: « Der Vertrag gilt, so lange er vortheilhaft ist, und ist er das nicht, so lange eine genügende Macht zur Hand ist, um seine Haltung zu erzwingen » (64). La guerra non è nient'altro che la prosecuzione dei negoziati con altri mezzi, ed anzi essa favorisce il negoziato nella misura in cui offre una concreta dimostrazione dei rapporti di forza rispettivi — « indem er ihr eine Basis schafft, durch den thatsächlichen Erweis der gegenseitigen Machtverhältnisse » (65). Va da sé che di diritto bellico non è nemmeno il caso di parlare: la prima preoccupazione è la vittoria, tutto ciò che è accessorio a questo viene

---

(59) A. LASSON, *Prinzip und Zukunft des Völkerrechts*, Berlin, 1871, p. 35.

(60) « Es gelten mithin alle völkerrechtlichen Regeln, sowohl die die Selbsterhaltung des Staates unmittelbar betreffenden, als die zur Regelung weniger wichtiger Verhältnisse bestimmten, nur in bedingter Weise, nämlich nur so lange, als ein Staat nicht seine Selbsterhaltung durch solche Bestimmungen bedroht glaubt. In diesem letzteren Falle cessieren alle äusseren Schranken für den Willen des Staates, und er thut allein, was ihm frommt, ohne auf irgend etwas anderes Rücksicht zu nehmen » (*Ibidem*, p. 48).

(61) *Ibidem*, p. 48.

(62) *Ibidem*, p. 49.

(63) *Ibidem*, p. 62.

(64) *Ibidem*, pp. 65-66.

(65) *Ibidem*, p. 73.

in secondo piano, o addirittura è rimosso se ne intralcia il conseguimento <sup>(66)</sup>.

Scritta a caldo dopo la vittoria prussiana sulle armi francesi, quella di Lasson è una demolizione del diritto internazionale che traspira fanatismo nazionalista. Ma seppure in toni più pacati, questo filone culturale si mantiene vivo anche nei decenni successivi.

In una logica di positivismo puro Fricker assesta duri colpi al tentativo di edificare il diritto internazionale sui trattati e la consuetudine. Il diritto senza potere d'imperio non è diritto, è un'assurdità — « ein Unding, ein Widersinn » <sup>(67)</sup>. Un diritto affidato alla buona volontà del soggetto è come un attizzatoio di legno — « ein hölzernes Schüreisen » <sup>(68)</sup>. Il diritto è volontà, volontà ben concreta che tiene unito il tutto. Il c.d. diritto internazionale possiede questi requisiti? Delle due l'una: o il diritto internazionale è volontà superiore agli Stati che s'impone ad essi; o è diritto statale esterno « äusseres Staatsrecht », e cioè qualcosa di diverso dal diritto internazionale nel suo significato etimologico <sup>(69)</sup>. Impossibile sfuggire al dilemma: o la volontà statale sta sopra il diritto internazionale o la forza di questo s'impone alla volontà statale <sup>(70)</sup>. Dire che lo Stato si autovincola è come dire che non si vincola affatto: « Dies ist aber keine rechtliche Bindung » <sup>(71)</sup>. Inutile invocare la consuetudine: nemmeno essa può valere senza un'autorità che la faccia rispettare.

<sup>(66)</sup> «Die erste Sorge ist immer die um die Erhaltung der Kriegsmacht und die Sicherung des günstigen Erfolges; alles andere kann erst in zweiter Stelle in Betracht kommen, und jede Vorschrift, die den Staat darin hemmen möchte, dass er jeden wirklichen Vortheil ausbeutet, jeden Nachtheil vermeidet, würde eben damit entweder dauernd oder für den Augenblick ungültig sein » (*Ibidem*, p. 79).

<sup>(67)</sup> FRICKER, *Noch einmal das Problem des Völkerrechts*, in *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, 1878, t. 34, p. 372.

<sup>(68)</sup> *Ibidem*, p. 374.

<sup>(69)</sup> *Ibidem*, p. 375.

<sup>(70)</sup> « Ich halte es nicht für möglich, folgendem Dilemma zu entrinnen: entweder stehen die Einzelstaatswillen über dem gemeinsamen Willen d.h. es löst sich dieser als ein besonderer, objectiver Wille von den Einzelwillen überhaupt nicht ab — dann ist ein objectives Völkerrecht nicht zu gewinnen, oder der gemeinsame Wille steht einmal geworden mit eigener objectiver Autorität über den Einzelstaatswillen » (*Ibidem*, p. 377).

<sup>(71)</sup> *Ibidem*, p. 384.

In conclusione, il diritto internazionale è al meglio un « unvollkommenes Recht » o, se si vuole, un diritto « in divenire » (72).

« Diritto statale esterno » ripete a sua volta Philip Zorn. Per tanto il trattato stipulato rimane un puro progetto (« Entwurf »), un mero impegno morale, fino a quando non sia fatto proprio dall'ordinamento interno — « innerstaatliche Rechtssetzung » — via legge o ordinanza, a seconda dei casi (73). Soluzione obbligata quella della riconduzione al diritto statale, perché la validità non si può dividere: un atto non può essere valido per un ordinamento, e invalido per un altro: « Ein solcher Conflict ist aber begrifflich unmöglich » (74). Non bisogna dimenticare mai che « Recht ist Ausfluss der Souveränität des Staates und theilt mit dieser die begriffliche Einheit » (75). I trattati acquistano quindi carattere giuridico « indem sie mit der Kraft des Gesetzes oder der Verordnung ausgestattet werden » (76). Ecco quindi l'importanza della ratifica per il perfezionamento del trattato; la ratifica opera esattamente come la sanzione per la legge: « In der Ratification liegt die Willenserklärung des Staates »; prima del voto parlamentare, che negli Stati costituzionali deve in alcune materie concorrere con la volontà del monarca, « ist eine Willenserklärung des Staates einfach gar nicht vorhanden » (77). La ratifica produce quindi l'unico vincolo giuridico possibile: quello del diritto interno; impone agli organi statali come ai sudditi l'osservanza del

---

(72) *Ibidem*, p. 404.

(73) Ph. ZORN, *Die Deutschen Staatsverträge*, in *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, 1880, t. 36, pp. 10-11.

(74) *Ibidem*, p. 19.

(75) *Ibidem*, p. 20.

(76) Ph. ZORN, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Berlin und Leipzig, 1883, t. II, p. 423.

(77) *Die Deutschen Staatsverträge*, cit., p. 26. Su questo punto, dell'identità tra sanzione-ratifica, Zorn rettifica successivamente il suo pensiero nell'edizione del 1895, ammettendo la distinzione tra i due atti, in quanto l'uno — la sanzione — serve a conferire efficacia giuridica al trattato, mentre l'altro — la ratifica — è la notifica alle parti contraenti che ciò è avvenuto: « Die Rechtsetzung erfolgt durch den positiven Akt der Sanktion, welcher zugleich das negative Recht des Veto einschliesst (...). Die Ratifikation ist die formelle Erklärung des Staatsoberhauptes gegenüber dem oder den anderen Kontrahenten, dass der Staatsvertrag der getroffenen Verabredung gemäss den Rechtscharakter empfangen habe, in Rechtskraft getreten sei » (citato da P. HEILBORN, *Der Staatsvertrag als Staatsgesetz*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1897, pp. 145-146).

trattato, divenuto così norma giuridica al pari delle altre. Non vi è quindi in realtà alcuna differenziazione sostanziale tra la ratifica-sanzione e il procedimento di produzione normativa ordinaria. Monismo puro, quello di Zorn, dunque, con primato assoluto del diritto statale — in verità l'unico diritto *tout court* — in contrasto con la tesi dualista di Laband, per il quale il trattato otteneva con la ratifica validità di diritto internazionale, vincolando subito gli Stati contraenti, mentre per obbligare i sudditi occorreva un distinto atto di attuazione interna, di natura questa volta puramente statale (78).

Ma vi era un argomento che ben più di questo evocava la potenza e fatalità del Leviatano statale immaginata da Hegel e incarnata da Bismarck: la *clausula rebus sic stantibus*.

Alla celebrità la *clausula* era assurta nel 1870, quando la diplomazia russa, approfittando della guerra franco-prussiana, aveva tentato di liberarsi unilateralmente dalle servitù e vincoli che gli erano stati imposti dal trattato di Parigi del 1856 (79). La Russia si scrollava di dosso la neutralizzazione del Mar Nero che le faceva divieto di tenere flotte da guerra nell'area nonché la proibizione di varcare i Dardanelli e Bosforo con navi militari. La giustificazione addotta per la risoluzione unilaterale risiedeva appunto nel mutamento delle circostanze: « The treaty had not escaped the modification to which most European transactions had been exposed, and that in face of

---

(78) « Veträge verpflichten ihrer juristischen Natur nach immer nur die Kontrahenten; Staatsverträge verpflichten daher lediglich die Staaten, niemals deren Untertanen (...). Von diesem Gesichtspunkte aus ergibt sich als logische Konsequenz der Satz: die staatsrechtliche Gültigkeit völkerrechtlicher Verträge beruht nicht auf deren Abschluß, sondern auf dem Befehl des Staates, den Inhalt des Vertrages als bindende Vorschrift anzusehen ». Se non seguiva il provvedimento di attuazione interna, il trattato restava comunque valido come norma di diritto internazionale tra gli Stati con tutte le conseguenze del caso (P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, V ed., Tübingen, 1911, t. II, p. 157). In polemica con la tesi monista alla Zorn, Anzilotti, a sua volta, metteva in chiaro che « è del tutto erroneo il concetto spesso ripetuto che il trattato internazionale, debitamente stipulato e pubblicato, ha vigore e forza di legge nello Stato. Il trattato internazionale, appunto perché è un atto giuridico internazionale, ha valore e forza soltanto nei rapporti fra gli Stati, così come la legge, che è un comando dello Stato, ha valore e forza soltanto nella sfera d'imperio di questo » (D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, Roma, 1912, p. 221).

(79) Cfr. D. J. BEDERMAN, *The 1871 London Declaration, Rebus sic Stantibus and a Primitivist View of the Law of Nations*, in A.J.I.L., 1988, pp. 4-11.

such changes it would be difficult to maintain that the written law founded on respect for treaties as the basis of public right retained the moral validity which it may have possessed at other times »<sup>(80)</sup>. Il governo britannico, una delle parti del trattato di Parigi, aveva replicato con durezza, accusando la Russia di mettere in pericolo la santità dei trattati con questa interpretazione arbitraria della *clausula*, intesa come licenza di revocabilità *ad nutum*<sup>(81)</sup>. In seguito a tali rimostranze, la Russia aveva trovato prudente abbandonare la sua pretesa, acconsentendo a discuterla in una conferenza internazionale, presenti le parti che avevano stipulato il trattato di Parigi. Nel protocollo all'accordo di Londra del 1871, che rivedeva la disciplina internazionale del Mar Nero accedendo alle richieste russe, era stata inserita su istanza della Gran Bretagna una dichiarazione sulla *clausula* che suonava come sconfessione: « The Powers recognise it as an essential principle of the law of nations that no Power can liberate itself from the engagement of a treaty nor modify the stipulations thereof, unless with the consent of the contracting parties by means of an amicable understanding »<sup>(82)</sup>. Quindi nessun ricorso unilaterale alla *clausula* e nessuna valutazione discrezionale delle circostanze sopravvenute sarebbero state tollerabili.

Con ciò il discorso non era affatto chiuso sul piano della teoria generale. Per la dottrina positivista che tanti sforzi profondeva nel consolidare le fondamenta del diritto internazionale, la *clausula* era un autentico spauracchio: ricordava la precarietà dei vezzeggiati e fragilissimi trattati di fronte all'incombente *diktat* sovrano. Si susseguono pertanto i tentativi di addomesticarla senza ricadere nel gergo giusnaturalista che all'assioma *pacta sunt servanda* affiancava la postilla tutta privatistica di un'improbabile eccessiva onerosità o impossibilità sopravvenuta. Esorcizzarla, espungendola dal campo del diritto, per ricacciarla in quello della fattualità: è una delle

---

<sup>(80)</sup> P. COBBETT, *Cases and Opinions on International Law, Peace*, London, 1909, v. I, pp. 322-323.

<sup>(81)</sup> La nota di Londra osservava « that the effect of such a doctrine, and of any proceeding which, with or without avowal, is founded on it, is to bring the entire authority and efficacy of treaties under the discretionary control of each of the Powers who may have signed them; the result of which would be the entire destruction of treaties in their essence » (*Ibidem*, p. 323).

<sup>(82)</sup> *Ibidem*, p. 324.

soluzioni preconizzate <sup>(83)</sup>. Sussumerla nell'ampia categoria della necessità: anche questa era una risposta <sup>(84)</sup>. Eppure il disagio restava, segno di una consapevolezza inconfessata: proprio qui la ragione del diritto entrava in collisione con la volontà insindacabile della potenza.

Un giovane studioso, che avrebbe esercitato una grande influenza dopo la guerra, Erich Kaufmann, non si lascia intimidire dalla scabrosità dell'argomento <sup>(85)</sup>. Senza alcuna timidezza legge la *clausula* alla luce della dottrina di Hegel, facendone la spia di un diritto internazionale che non teme la potenza perché svetta confidente su di essa.

Kaufmann parte da Hegel affermando che la volontà statale è il principio e la fine del diritto internazionale. Ma va oltre il filosofo e i suoi interpreti (come Fricker) affermando la giuridicità e l'autonomia di questo diritto che non è mero *äußeres Staatsrecht*. Il diritto internazionale, dice Kaufmann, è ontologicamente eterogeneo da quello interno: è un diritto di coordinazione tra le volontà degli Stati che riposa sul libero riconoscimento degli Stati di un interesse solidale: « Das Koordinationsrecht muß stets auf dem Willen und dem Solidarinteresse aller Beteiligten beruhen; die Maßgeblichkeit nicht eines, sondern aller beteiligter Willen macht sein Wesen aus » <sup>(86)</sup>. Per comprenderne la natura bisogna sbarazzarsi dal pregiudizio, tipico di chi osservi le relazioni internazionali dal punto di vista del diritto interno, che vuole ogni ordinamento necessaria-

---

<sup>(83)</sup> « Unmöglich können die Staaten eine nur zur Interessenförderung bestimmte Norm auch für die exceptionellen Fälle totaler Interessenvernichtung bewußt gewollt haben. So schwebt in der Tat, nicht formal-juristisch, aber präjuristisch-zwecklich, über jedem internationalen Einzeltraktat eine essentielle und notwendige Beschränkung; es ist, in diesem Sinne verstanden, nur allzu richtig, daß « die *clausula rebus sic stantibus* bei Staatenverträgen, die Leistungen bedingen, stillschweigend angenommen wird » (B. SCHMIDT, *Über die völkerrechtliche Clausula rebus sic stantibus*, Leipzig, 1907, p. 117. La citazione riportata dall'Autore è di Bismarck).

<sup>(84)</sup> A. CAVAGLIERI nella recensione a Schmidt in R.D.I., 1908, pp. 480-493.

<sup>(85)</sup> E. KAUFMANN (1880-1972) studia a Berlino, Heidelberg, Halle, Erlangen. Dopo l'abilitazione, insegna a Königsberg, Bonn e Berlino. Allontanato dall'insegnamento nel 1934, espatria in Olanda nel 1938 dove resterà per tutta la durata della guerra. Rientra in Germania nel 1945.

<sup>(86)</sup> E. KAUFMANN, *Das Wesen des Völkerrechts und die Clausula rebus sic stantibus*, Tübingen, 1911, p. 179.

mente improntato al principio della subordinazione — « Subordinationsrecht ».

Diritto di coordinazione, quindi, ma sempre di volontà sovrane. Pertanto lo Stato deve sempre sovrastare i trattati che ha stipulato, mai esserne succube: « Das völkerrechtliche Vertragsrecht, das auf den Interessen der kontrahierenden Staaten beruht, hat seine Grenze an den Interessen der Staaten » (87). Quando l'esigenza dell'autoconservazione lo esige (« Selbsterhaltung »), esso può svincolarsi e proprio in questa facoltà insindacabile consiste la sua indipendenza. Non si dica, come vorrebbe Fricker, che questa volatilità del diritto internazionale impedisce di riconoscerne la natura giuridica; replica Kaufmann che qui, come nel diritto interno, la comunanza degli interessi è *abituamente* solida a sufficienza da garantire il rispetto degli impegni assunti (88). La solidarietà materiale degli interessi, cresciuta con l'interdipendenza degli Stati, è il contrappeso psicologico all'esercizio del diritto di autoconservazione e il movente principale del *Koordinationsrecht*. La creazione dei legami comunitari descritti da Gierke nell'ordinamento interno vale anche per la società internazionale. Questa coesione è la sola garanzia contro l'abuso della *clausula*, che è pura e semplice volontà dichiarata unilaterale (89). È nell'egoistico perseguimento dell'interesse degli Stati che si cela il principio normativo oggettivo tanto a lungo cercato nel diritto internazionale. La convergenza di questo *telos* dei singoli Stati produce l'ordine della convivenza. Quando l'interesse di uno non collima più con quello degli altri scatta la *clausula*, null'altro che esercizio legale del diritto all'autoconservazione: « Alle Staatsverträge haben als Verträge des Koordinationsrechtes eine immanente Grenze: sie sollen und wollen nur binden, solange die Macht- und Interessenlage, die zur Zeit des Abschlusses bestand, sich nicht so ändert, daß wesentliche Bestimmungen des

---

(87) *Ibidem*, p. 180.

(88) « Die Gemeinsamkeit der Interessen ist daher durchaus keine so schwache Grundlage, wie Fricker annimmt: die Praxis des Völkerrechts zeigt, daß auf ihr Organisationen mit staatenähnlicher Verfassung, Gerichte und konstituierende Volksvertretungen ruhen konnten » (*Ibidem*, p. 190).

(89) « Die einzige Garantie gegen einen Mißbrauch der Klausel liegt in der wachsenden Interdependenz der internationalen Interessen ».



Vertrages mit dem Selbsterhaltungsrechte der kontrahierenden Staaten unvereinbar werden»<sup>(90)</sup>. Occorre dunque cautela nel mobilitare per il diritto internazionale le sofisticate tecniche interpretative della volontà concepite nella sfera del diritto privato: la volontà qui deve essere letta sempre alla luce del principio di autoconservazione<sup>(91)</sup>. Basti dire che lo Stato non ha bisogno del consenso degli altri contraenti per liberarsi dal vincolo: decide da solo.

Questa celebrazione di una ragion di stato rankiana<sup>(92)</sup> che trova piena cittadinanza nel diritto internazionale sotto forma di *clausula*, chiude la rassegna degli autori ascrivibili alla linea hegeliana. Siamo giunti come cronologia fino alle soglie della Guerra mondiale, a testimonianza della vitalità di un'ispirazione che combatte con vigore il positivismo dualista. Questo ci servirà per comprenderne meglio il travaglio, tra le secche del giusnaturalismo e gli scogli del sempre incombente « Machtwillen ».

## 2.2. *La scommessa del positivismo*

Conferire credibilità alla scienza del diritto internazionale comportava una lotta su due fronti. Il primo era quello del fondamento stesso di questo diritto, arenato nella metafisica giusnaturalista o minacciato dal verdetto hegeliano. Preso tra due fuochi così intensi, esso doveva costruirsi dal nulla fundamenta inattaccabili. Il secondo era quello della ricostruzione degli istituti, a partire da una schietta emancipazione concettuale. Insidiato dagli altri rami del sapere giuridico, a cominciare dall'onnipresente diritto privato-romano, il diritto internazionale doveva conseguire l'autonomia navigando

---

<sup>(90)</sup> *Ibidem*, p. 204.

<sup>(91)</sup> « Sie bleiben aber eben gerade darum spezifisch subordinationsrechtlichen Charakters, weil hier wegen der nicht auszuschöpfenden Fülle der möglichen objektiven Rechtsverhältnisse nur solche Blankettbegriffe möglich sind. Im Völkerrecht dagegen ist es methodisch allein berechtigt, von solchen Blankettsbegriffen abzusehen und bloß deren immer identischen Inhalt als Prinzip herauszustellen: das Grundrecht auf Selbsterhaltung » (*Ibidem*, p. 214).

<sup>(92)</sup> Si veda al riguardo la fine analisi di E. CASTRUCCI, *Tra organicismo e « Rechtsidee »*. *Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann*, Milano, 1984, p. 77.

nelle acque agitate della metodologia. Scommessa ardua, quindi, che il positivismo decide di accettare.

Cominciamo col vedere l'analisi della dottrina sulla questione del fondamento. La messa a fuoco del dilemma non è a questo punto difficile: o monismo con primato del diritto interno alla Zorn e sulla scia hegeliana (A), o monismo con primato del diritto internazionale (B) o, per finire, dualismo, ossia netta separazione dei due ordinamenti, visti come cerchi concentrici (C).

Questa terminologia e questo dilemma vengono coniatati e presentati esattamente nei suddetti termini alla fine del periodo in esame, nel 1914, da un giovane studioso austriaco destinato a far parlare molto di sé: Alfred Verdross<sup>(93)</sup>. « Die dreifache Lösungsmöglichkeit ist also folgende: Entweder wird dualistisch konstruiert, also Völkerrecht und Staatsrecht vollständig getrennt, oder es wird in einer monistischen Konstruktion das staatliche Recht in das Völkerrecht, oder umgekehrt das Völkerrecht in das staatliche Recht eingefügt »<sup>(94)</sup>. Personalmente Verdross sceglie di rilanciare la soluzione monista-statale (A) fondando però il diritto internazionale sulle costituzioni degli Stati: le norme costituzionali, egli sostiene, non consentono agli organi statali di disattendere gli impegni assunti con gli altri Stati sulla base delle procedure da esse stesse previste<sup>(95)</sup>. Gli Stati sono visti come soggetti ai diritti e doveri loro imposti dallo stesso ordinamento costituzionale che ne disciplina l'organizzazione. Tra questi doveri vi è appunto l'ingiunzione agli

---

<sup>(93)</sup> A. Verdross (1890-1980), dopo gli studi a Vienna e un passaggio al ministero degli esteri austriaco dopo il 1918, è nominato professore di diritto internazionale nella stessa università nel 1924. Legato a Kelsen, se ne allontana scientificamente negli anni Trenta per abbracciare un'impostazione giusnaturalista.

<sup>(94)</sup> A. VERDROSS, *Zur Konstruktion des Völkerrechts*, (ZfV, 1914), in AA.VV., *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Wien, 1968, p. 2002.

<sup>(95)</sup> « Der logisch formale Grund dieser völkerrechtlichen Gebundenheit wurde in den geltenden Verfassungen der der Völkerrechtsgemeinschaft angehörenden Staaten gefunden, so daß die Bildung eines vertragswidrigen Staatswillens als verfassungswidrig und daher als rechtslogisch unmöglich erkannt wurde (...) so daß in der hier unternommenen monistischen Konstruktion des Völkerrechts neben der Einheitlichkeit und Widerspruchslosigkeit des Staatswillens auch dessen grundsätzliche Bindbarkeit, sowie auch seine teilweise durch Verträge erfolgte völkerrechtliche Gebundenheit zum Ausdruck kam » (*Ibidem*, pp. 2021 e 2022).

organi statali di rispettare gli obblighi internazionali formalmente contratti <sup>(96)</sup>.

Ingegnoso *escamotage*, ma tardivo per esercitare qualche influenza (siamo nel 1914!). Rimanevano in piedi le due altre ipotesi: il monismo con supremazia del diritto internazionale (B) o il dualismo (C).

La prima soluzione (B) era prematura nell'età degli Stati nazionali nel pieno vigore della loro sovranità e si affermerà pertanto solo dopo la lezione della Grande Guerra, sulle rovine lasciate dall'imperialismo. Essa trova nondimeno un alfiere isolato e un precursore originale nell'età prebellica in Wilhelm Kaufmann (da non confondere con Erich), il quale in un saggio del 1899 enuncia tre tesi che destano scalpore: diritto internazionale e diritto interno formano un ordinamento integrato; il diritto internazionale prevale sul diritto interno: i singoli possono essere titolari di diritti in base allo *ius gentium*.

Kaufmann prende le mosse dalla constatazione che esiste un numero crescente di trattati forgiati per regolare rapporti tra i sudditi degli Stati contraenti, o tra i sudditi e gli Stati: stipulati per fare fronte, insomma, alla crescente interdipendenza commerciale e culturale dei diversi paesi. Codeste fonti innovano rispetto ai classici trattati che disciplinavano tradizionalmente il solo ed esclusivo rapporto tra gli Stati — pace, guerra etc. — senza incidere se non indirettamente nella vita dei sudditi. Ora invece si assiste alla nascita di un *internationale objektive Rechtsordnung*, un *ius supra partes* che conferisce diritti e doveri in capo ai sudditi, siano essi organi statali o privati individui <sup>(97)</sup>. Pertanto, nella misura in cui questi trattati creino una disciplina giuridica oggettiva che non esige per la sua

---

<sup>(96)</sup> « Alle Rechtsordnungen, die dies tun, haben eine materiell-inhaltlich durch die Völkergemeinschaft geschaffene Völkergesellschaftsnorm zur Rechtsnorm erhoben und damit auch ihre Organe diese anzuwenden verpflichtet. In diesem Realisieren sollen durch den organisierten Rechtsanwendungsapparat der Staaten liegt aber gerade das charakteristische Moment der Rechtsnorm » (*Ibidem*, p. 2017).

<sup>(97)</sup> « Die hier in Frage stehenden subjektiven Rechte und Pflichten beruhen also auf der Rechtsgeltung und Rechtsmaßgeblichkeit der staatsvertraglich gesetzten Rechtsordnung als internationaler objektiver Rechtsordnung innerhalb der ganzen betreffenden internationalen Völkergemeinschaft » (W. KAUFMANN, *Die Rechtskraft des Internationalen Rechts*, Stuttgart, 1899, p. 31). Come esempi di questo tipo di trattati,

attuazione un'ulteriore attività normativa, siffatte disposizioni devono essere applicate direttamente senza bisogno di altro <sup>(98)</sup>. Non solo: queste disposizioni prevalgono su quelle interne contrastanti e debbono essere applicate in via preferenziale, il che significa, in altre parole, che il diritto internazionale è superiore (« höhere ») al diritto interno <sup>(99)</sup>. Gli *obiter dicta* americani sulla *Law of Nations* come *Higher Law* forniscono appigli empirici in tal senso. Corollario di quanto precede è l'ammissione degli individui alla qualità di soggetti di diritto internazionale, contro la chiusura della dottrina dominante secondo la quale i soli Stati potevano vantare tale identità. Così come il singolo può commettere crimini contro il diritto internazionale (vedi la pirateria), argomenta Kaufmann, nello stesso modo può essere titolare di diritti e doveri. La dottrina dominante, egli concedeva, non era di per se ingiusta, semplicemente non era più giusta: era superata dall'evoluzione della società internazionale — *nicht mehr richtig*.

Non così riteneva la scienza del diritto internazionale maggioritaria, la quale imbocca senza esitazione l'altra via rimasta, quella dualista (C). Come mostra con nitidezza Triepel, questo sistema vantava il pregio di autonomizzare il diritto internazionale da quello interno: il primo destinato a regolare i rapporti fra gli Stati, il

---

Kaufmann cita quelli su: il diritto internazionale privato, il riconoscimento della proprietà intellettuale, la libertà di movimento e di lavoro (*Ibidem*, p. 3).

<sup>(98)</sup> « Aber insoweit bei den internationalrechtlichen Ordnungen nicht die Ordnung von Verhältnissen der Staaten als Ganzes zueinander, sondern die Ordnung anderer Verhältnisse — z.B. von Privaten zueinander, von Privaten zu Staaten u.s.w. — in Frage steht, können, wie früher ausgeführt, die internationalrechtlichen Ordnungen diese Verhältnisse auch unmittelbar regeln und thun dies vielfach. Die internationale Rechtsordnung kann als Rechtsordnung der internationalen Völkergemeinschaft Verhältnisse der in dieser einbegriffenen Individuen, wie der in ihr einbegriffenen Staatsgemeinschaften regeln » (*Ibidem*, p. 43).

<sup>(99)</sup> « Das internationale Recht ist im Hinblick auf den Gemeinschaftskreis, für welchen es gilt, und im Hinblick auf die Quelle, auf welche es seine Geltung zurückführt, das höhere gegenüber dem staatlichen Recht. Daraus ergibt sich, daß es durch einseitig staatlichen Akt rechtlich nicht außer Geltung gesetzt werden kann. Daraus folgt auch, wie früher bereits ausgeführt, daß das staatliche Recht maßgebende Bestimmungen über das Rangverhältnis zwischen dem internationalen und dem staatlichen Rechte nicht treffen kann. Ausdrückliche Bestimmungen über dies Rangverhältnis können nur internationalrechtlich getroffen werden » (*Ibidem*, p. 78).

secondo tra gli individui. « Ce sont deux cercles qui sont en contact intime, mais qui ne se superposent jamais. Puisque le droit interne et le droit international ne régissent pas les mêmes rapports, il est impossible qu'il y ait jamais une « concurrence » entre les sources des deux systèmes juridiques » <sup>(100)</sup>.

A ben vedere, non restava altra scelta che questo modello, rispettoso della sovranità statale e ben disposto verso l'autonomia del diritto internazionale. Soluzione conciliante, compromissoria se si vuole, ma certo sensata nel contesto dell'epoca. Ed è pertanto la strada effettivamente seguita dalla dottrina positivista dominante nel mezzo secolo precedente la Grande Guerra.

Era chiaro che la via da percorrere doveva essere quella di una ricostruzione a partire dal solo dato certo e affidabile di cui si disponesse, ossia la volontà degli Stati. Volontà espressa nei trattati, innanzitutto. Bergbohm distingue i trattati negoziali, sinallagmatici, che non creano diritto internazionale « oggettivo » <sup>(101)</sup>, da quelli che pongono norme destinate a valere per il futuro — « welche die Staaten als gemeinsame Normen ihrer Handlungen für die Zukunft ausdrücklich vereinbaren » <sup>(102)</sup>. Il contenuto di questi ultimi è il riconoscimento o la dichiarazione di principi comuni. Rispetto a questa innovativa categoria di trattati — esempio tipico: la dichiarazione di Parigi del 1856 o la convenzione di Ginevra de 1864 — gli Stati non sono meri soggetti di diritto, bensì fattori di produzione normativa — « rechtbildende Faktoren ». Quanto al rapporto tra ordinamenti, esso si regge sulla separazione tra diritto interno e diritto internazionale; il primo dominio della legge, il secondo sfera del trattato. Certo, la legge interna può documentare ufficialmente la volontà dello Stato di osservare una norma di diritto internazionale, la cui esistenza viene così attestata pubblicamente. Nello stesso modo, lo Stato che vuole ottemperare fedelmente alle sue obbliga-

---

<sup>(100)</sup> H. TRIEPEL, *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, in R. C., 1923, t. 1, p. 83.

<sup>(101)</sup> « Wie die Rechtsgeschäfte der Privatpersonen im Staate nicht Quellen des Privatrechts, so können die obligatorischen Verträge der Staaten nicht Quellen des objectiven Völkerrechts sein » (BERGBOHM, *Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts*, cit., p. 80).

<sup>(102)</sup> *Ibidem*, p. 81.

zioni internazionali provvederà ad assistere le loro disposizioni delle sanzioni contro i contravventori <sup>(103)</sup>. Ma solo in questa accezione limitata può la legge essere 'fonte' del diritto internazionale.

Dove attingono questi trattati la loro forza? Occorreva poter rispondere a questa domanda che era poi quella della stabilità di un impegno legato al filo esilissimo della anarchica volontà statale.

La replica giunge da Georg Jellinek in persona, capofila degli studiosi tedeschi del diritto pubblico <sup>(104)</sup>.

Per Jellinek la stessa esistenza del diritto internazionale, come d'altronde anche dei diritti soggettivi <sup>(105)</sup>, dipende dalla possibilità di ammettere che lo Stato si autolimiti — « dass der Staat durch seine Normen sich selbst verpflichten kann » — ovvero dalla plausibilità « dass Verpflichtender und Verpflichteter in einer Person, existiren können » <sup>(106)</sup>. Il quesito è posto: « Kann sich der Staat durch seine Normen selbst verpflichten? » <sup>(107)</sup>. La risposta affermativa è che sì, la volontà statale può autolimitarsi; anzi: « Gesetz und Selbstbeschränkung des Staatswillens sind correlate Begriffe » <sup>(108)</sup>. Se così non fosse, l'intero edificio del diritto costituzionale e del diritto amministrativo crollerebbe: anch'esso non si regge se non sul presupposto di una volontà statale autolimitata. « Daher ist jeder Act staatlichen Willens eine Beschränkung des Staatswillens und zwar, da diese Beschränkung dem Staate nicht von aussen her aufgedrungen ist, sondern aus der inneren Natur seines Willens hervorgeht, eine Selbstbeschränkung » <sup>(109)</sup>. Questa volontà non è passeggera e volubile — « die Selbstbeschränkung des Staates

<sup>(103)</sup> *Ibidem*, p. 108.

<sup>(104)</sup> Georg Jellinek (1851-1911), a lungo professore di diritto pubblico a Heidelberg, è il rinnovatore della dottrina positivista dello Stato. La sua *Allgemeine Staatslehre*, tradotta in più lingue, esercita un'influenza decisiva sulla scienza giuridica europea. Per una visione d'insieme della scienza giuridica tedesca del periodo, si veda M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, München, 1992, t. II, pp. 450-455.

<sup>(105)</sup> Il concetto di auto-limitazione è veramente cruciale nel pensiero di Jellinek. Il diritto soggettivo procede « da un atto di autorità dello Stato che *decide* di autolimitarsi » (M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Milano, 1996, p. 144).

<sup>(106)</sup> G. JELLINEK, *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, Wien, 1880, p. 7.

<sup>(107)</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>(108)</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>(109)</sup> *Ibidem*, p. 27.

ist keine vorübergehende » <sup>(110)</sup> — ma si esprime con atti di volontà formali che durano fino a quando non vengono sostituiti da atti uguali e contrari. Ebbene, le norme di diritto internazionale, al pari di quelle di diritto costituzionale, non realizzano un diritto sovra-statale, bensì un diritto dipendente dalla volontà degli Stati — un *ius inter partes*: « Es entspringt formell derselben Quelle, wie alles objective Recht: dem Willen des rechtsetzenden Staates » <sup>(111)</sup>. Attraverso la ratifica lo Stato esprime la sua volontà sovrana di vincolarsi al trattato <sup>(112)</sup>. L'interesse induce ad osservarlo secondo buona fede, in quanto la sua violazione porrebbe lo Stato infedele ai margini della società internazionale.

Essenziale nella riflessione di Jellinek appare il concetto di comunità internazionale perché è questa presenza che tiene a freno l'istinto anarchico degli Stati. Lo Stato singolo ed isolato è un'astrazione in quanto nella realtà esso vive integrato nelle relazioni con i propri « simili ». Come l'individuo è costretto all'autocontrollo dalla presenza degli altri, così lo Stato è votato all'autolimitazione dalla contiguità con altre entità statali <sup>(113)</sup>. L'oggetto del diritto internazionale è dato dai rapporti necessari tra gli Stati; ma la fonte risiede esclusivamente nella loro volontà. La coscienza dei popoli civili induce, come una necessità psicologica, al riconoscimento e al rispetto delle norme di diritto internazionale.

Certo, l'appartenenza alla comunità internazionale non esclude che, in caso di bisogno, lo Stato possa sciogliersi dal legame invo-

<sup>(110)</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>(111)</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>(112)</sup> A differenza di Zorn, Jellinek non ritiene che la ratificazione crei diritto interno, destinato a obbligare i sudditi; ma sostiene che tale atto vincola solo e soltanto lo Stato; semmai è la pubblicazione del trattato a rendersi necessaria per la sua esecuzione (*Ibidem*, p. 56).

<sup>(113)</sup> « Wie das Individuum durch das Dasein anderer, so ist auch der Staat durch das Dasein von Seinesgleichen zur Selbstzucht, zur Selbstbeschränkung des eigenen Willens gezwungen. Diese Selbstbeschränkung, die seiner Selbstherrlichkeit, seiner Souveränität in der richtigen Bedeutung des Wortes entspringt, schafft für den Staat Recht, und indem die Mitglieder der Staatengemeinschaft miteinander in Verkehr treten, erkennen sie Normen an, welche die internationalen Lebensverhältnisse der Staaten regeln, und unterwerfen sich somit einem Recht, welches zwar ihrem Willen entspringen, dessen Inhalt jedoch durch die unwandelbare Natur jener Lebensverhältnisse gegeben ist » (G. JELLINEK, *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, Berlin, 1882, p. 94).

cando la *clausula rebus sic stantibus*. Di fronte all'esigenza imperiosa della propria autorealizzazione lo Stato è legittimato a svincolarsi<sup>(114)</sup>. Poiché nessun giudice si erge al di sopra degli Stati, solo l'etica garantisce che venga fatto buon uso della facoltà di recesso.

Si vede subito che la parte fatta alla sovranità rimane larghissima anche in questa costruzione. Jellinek aveva dovuto chiamare in soccorso l'idea metagiuridica di comunità statale per puntellare la sempre precaria volizione statale<sup>(115)</sup>. Nondimeno l'idea di auto-limitazione offriva alla scienza giuridica l'appiglio per sfuggire alle secche dell'aut-aut hegeliano: o diritto statale, o diritto internazionale. Se si vuole: *faute de mieux!*

Non stupisce pertanto che proprio da questo molo partano i giovani studiosi positivisti, come lo svizzero Nippold.

Il problema è sempre lo stesso: per costruire un diritto internazionale oggettivo — intendendo con questo: stabile — occorre supporre che anche i trattati internazionali siano in grado di produrlo, senza limitarsi a creare una mera obbligazione individuale, dipendente dall'arbitrio dei contraenti. La posta in gioco è alta: « Die Existenz eines objektiven Völkerrechts steht oder fällt, je nachdem man den Vertrag als mögliche Völkerrechtsquelle anerkennt oder nicht »<sup>(116)</sup>. Come ammettere che i trattati possano essere vere fonti (*Quellen*)? Semplice: sbarazzandosi di false analogie con il diritto privato. La circostanza che in quello la legge funga da garante autoritativo della validità dei contratti, non significa che in altri settori giuridici debba ricorrere questo stesso schema. Nel diritto internazionale le cose stanno appunto diversamente: il trat-

<sup>(114)</sup> « Der Wille des Staates ist nur so lange gebunden, als er nicht durch eine seinen höchsten Zwecken entspringende Anforderung an seinen Willen von der selbstgeschlungenen Fessel befreit wird » (*Ibidem*, p. 103).

<sup>(115)</sup> Si è giustamente osservato che nella prospettiva di Jellinek « la sovranità risulta limitata soprattutto perché il suo titolare *si pensa o si vuole* (e non tanto perché *si costruisce*) limitato, cioè in virtù d'un fatto meramente soggettivo ». Ne consegue logicamente « che il sovrano può bene cambiare attitudine rispetto ai limiti da lui prima accettati e dunque travolgerli » (M. LA TORRE, *La lotta del « nuovo » diritto contro il « vecchio »*. *Georg Jellinek pensatore della modernità*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 1998, pp. 130-131).

<sup>(116)</sup> O. NIPPOLD, *Der Völkerrechtliche Vertrag, Seine Stellung im Rechtssystem und seine Bedeutung für das internationale Recht*, Bern, 1894, p. 41.



tato, da lui assimilato al negozio giuridico, produce, quale forma di coordinamento delle volontà statali, norme che sono *di per sé* vincolanti sulle parti contraenti <sup>(117)</sup>. Il nocciolo del ragionamento è questo: il trattato ha una doppia identità: è fonte laddove prescrive norme di comportamento per gli Stati che lo hanno stipulato; è negozio giuridico laddove ne assicura il rispetto, obbligando gli Stati ad osservarle <sup>(118)</sup>. Beninteso è un negozio che produce un vincolo giuridico per gli Stati che lo stipulano, non per i terzi: « Die Wirkungen des Vertrags beschränken sich auf diejenigen Subjecte, welche ihren Willen in dem Vertrage gebunden, ihren Konsens erklärt haben. Dies sind einmal *nur* die kontrahirenden, *keine dritten Staaten* » <sup>(119)</sup>.

Nippold insiste su questa natura comune (*gemeinsam*) della volontà collettiva degli Stati, in contrapposizione a quella individuale di ciascuno di loro. L'obbligatorietà per lo Stato (*Gebundenheit*) sorge dall'incontro della sua volontà con quella altrui. Quindi « es beruht auf dem *gemeinsamen* Willen der Staaten und wird von ihrer *gemeinsamen* Autorität getragen » <sup>(120)</sup>. Non altrimenti, anche il diritto consuetudinario riposa sulla volontà degli Stati, seppure tacitamente espressa attraverso i loro comportamenti.

Ne consegue ancora che le due sfere del diritto internazionale e statale sono interamente separate: « Die rechtliche Behandlung völkerrechtlicher Verhältnisse ist total verschieden von derjenigen der staatrechtlichen Verhältnisse » <sup>(121)</sup>. Contrariamente a quanto

---

<sup>(117)</sup> « Die Norm und der Vertrag verdanken daher beide vom privatrechtlichen Standpunkte aus notwendigerweise verschiedenen Subjekten ihren Ursprung. Das ist aber alles anders beim völkerrechtlichen Vertrag. Dieser wird von den rechtsetzenden Autoritäten selbst abgeschlossen, und wenn diese daher Normen, durch welche sie sich selbst verpflichtet, in der Form des Vertrags gemeinsam aufstellen wollen, so ist wirklich nicht einzusehen, warum das nicht möglich sein sollte. Völkerrechtlich werden ja keine dritten Subjekte durch den Vertrag verpflichtet, sondern nur die Vertragsschliessenden verpflichteten sich selbst zu etwas » (*Ibidem*, p. 35).

<sup>(118)</sup> « Diese Sätze sind einerseits Normen — eine Richtschnur, nach der die Staaten ihr Verhalten einrichten, die objektive Regeln für die Handlungen der Staaten vorschreibt. Andererseits ist der Vertrag Rechtsgeschäft, die einzelnen Staaten sind rechtlich an seine Bestimmungen gebunden » (*Ibidem*, p. 102).

<sup>(119)</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>(120)</sup> *Ibidem*, p. 71.

<sup>(121)</sup> *Ibidem*, p. 74.

riteneva Zorn, il trattato internazionale non ha bisogno di essere recepito dal diritto interno per produrre effetti giuridici, giacché « die völkerrechtlichen Verhältnisse eine selbständige rechtliche Existenz haben »<sup>(122)</sup>.

Se dopo Bergbohm e Nippold poteva considerarsi acquisito il concetto di trattato-fonte, fondato sulla provvidenziale autolimitazione di Jellinek, ancora oscura restava la struttura di questo modo di produzione del diritto internazionale. Posto che la differenza tra questi trattati e gli altri non poteva ridursi solo ai contenuti, occorre chiarirne identità e dinamica meglio di quanto non fosse riuscito fino ad allora, prescindendo cioè dallo scopo perseguito dai contraenti e indagando invece la nervatura giuridica dell'atto.

È a questo punto che entra in scena la *Vereinbarung* di Heinrich Triepel.

Il nome di Triepel significa molto per la scienza giuridica tedesca della prima metà di questo secolo<sup>(123)</sup>. Il suo lavoro del 1899 *Völkerrecht und Landesrecht* ha formato un'intera generazione di internazionalisti costringendo a un serrato confronto anche gli avversari della teoria dualista.

« Com'è che fra i trattati alcuni hanno un contenuto negoziale, altri un contenuto normativo? Si risponde: perché così vogliono i contraenti. Ma con ciò è poi veramente detto tutto? »<sup>(124)</sup>. No, replica Triepel. Bisogna chiedersi se « esiste accanto al vero e proprio contratto una categoria di incontri di più volontà capace di raggiungere il risultato cui il contratto si è dimostrato inadatto: la fusione cioè in una unica volontà di più volontà aventi uguale

<sup>(122)</sup> *Ibidem*, p. 102.

<sup>(123)</sup> Heinrich Triepel (1868-1946) consegue il dottorato a Friburgo nel 1891 e, dopo aver insegnato a Lipsia, Tübingen e Kiel, approda a Berlino nel 1913 dove riveste la dignità di rettore nel 1926/1927. Oltre ad essere il capofila dell'indirizzo dualista, è anche il promotore della scuola positivista-sociologica che eserciterà una notevole influenza tra le due guerre. Indicativo di questo orientamento il suo libro del 1938 sull'egemonia (« *Hegemonie. Ein Buch von führenden Staaten* »). Molti gli studiosi che si richiamano al suo insegnamento, anche per il ruolo giocato nell'*Institut für ausländisches Recht* fondato da Viktor Bruns (cfr. C. BILFINGER, *Heinrich Triepel, in memoriam*, in *Zeitschrift für ausländisches, öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1950).

<sup>(124)</sup> H. TRIEPEL, *Diritto internazionale e diritto interno*, trad. it., di G.C. BUZZATI, Torino, 1913, p. 49.

contenuto » <sup>(125)</sup>. La soluzione è in una figura elaborata da Binding: la *Vereinbarung*, appunto. Questa « convenzione » consiste in un incontro di dichiarazioni di volontà che, a differenza del contratto (dove gli interessi sono contrapposti), tende a soddisfare interessi comuni o identici. « Essa consta di più dichiarazioni di volontà di contenuto uguale. Ciascuno degli Stati vuole la stessa cosa: che venga cioè posta in essere una norma obbiettiva la quale regoli uniformemente per tutti il contegno futuro » <sup>(126)</sup>.

Da dove trae la sua forza questa convenzione? Triepel non crede all'autolimitazione. « Io non riesco a concepire una norma giuridica che non si ponga come un'autorità al di sopra dei subietti cui si dirige ». Quale dunque la risposta? « Nella norma di diritto internazionale lo Stato non ha di fronte a sé soltanto la propria volontà, ma *una volontà comune* che è sorta mediante la cooperazione della volontà di altri Stati » <sup>(127)</sup>. La volontà comune, quindi, acquista una sua propria consistenza, si affranca da quelle dei singoli Stati. Certo — ammette Triepel — la volontà del singolo Stato è mutevole: non può essere vincolata una volta per sempre. Che avverrà allora del-

la convenzione? È qui che la rigorosa argomentazione dell'Autore mostra una crepa: « Io credo » — dice — « che ci possiamo contentare di esser sicuri che esso vi si sente vincolato » <sup>(128)</sup>. L'intransigente positivismo deve scendere a patti con il pregiuridico, o piuttosto deve chiamare in soccorso un fattore psicologico, come il « sentirsi vincolato » dello Stato.

Dunque, costruzione raffinata quella escogitata da Triepel <sup>(129)</sup>, ma anch'essa minata da una grossa falla, che non sfugge all'osservazione della vigile comunità scientifica coeva.

A un Erich Kaufmann non era difficile mostrare che la volon-

<sup>(125)</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>(126)</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>(127)</sup> *Ibidem*, p. 79.

<sup>(128)</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>(129)</sup> Anche per la analitica disamina dei possibili contatti tra i due ordinamenti, ammessi essenzialmente nel caso di richiamo da parte di norme « in bianco », in entrambe le direzioni: « On trouve des renvois du droit interne au droit international aussi bien que des renvois du droit international aux normes du droit interne » (TRIEPEL, *Les rapports*, cit., p. 93).

tà statale, identica artefice tanto del trattato-accordo quanto del trattato-contratto, non poteva conferire alla *Vereinbarung* la proprietà di essere qualcosa d'indipendente dalla fonte che l'aveva creata e che, come tale, poteva del pari distruggere<sup>(130)</sup>. In realtà, il diritto internazionale, modellato sulla coordinazione delle volontà, proprio non si presta a tollerare le gerarchie delle fonti tipiche del diritto statale.

Che la *Vereinbarung* non convincesse Kaufmann è qualcosa che si comprende. Meno rassicurante per Triepel e i suoi, era invece il dissenso di Paul Heilborn, studioso obbiettivamente in sintonia con l'indirizzo positivista dualista<sup>(131)</sup>. L'obiezione di Heilborn non stupisce: presumere l'esistenza di una volontà comune (*Gemeinwille*) dotata di un'autorità *superiore* a quella delle volontà individuali equivaleva a introdurre un postulato indimostrabile. La *Gemeinwille* certo esiste, ma è appunto *comune* agli Stati, *non superiore* — « nicht als höherer Wille über ihnen ». È illusorio ritenere che la volontà comune possieda una forza che manca alle sue singole componenti, ossia le volontà individuali degli Stati (« welche es als Produkt von Einzelwillen nicht hätte »)<sup>(132)</sup>. La tesi di Heilborn è che il trattato-accordo (la *Vereinbarung*) crei sì diritto oggettivo, a differenza del trattato-contratto, produttivo solo di diritti soggettivi. Ma egli non crede tuttavia alla superiorità di questa fonte rispetto alle volontà degli Stati. Ancora una volta viene fatto appello alla coscienza

---

<sup>(130)</sup> « Die rechtsetzenden Vereinbarungen gehen doch von demselben Willen aus wie die rechtsgeschäftlichen Verträge. Wir sind daher durch diese Lehre um nichts gefördert, da die 'Verträge' nun ja doch auf Selbstermächtigungen beruhen: und es ist um nichts begreiflicher, wie ein 'Gemeinwille' durch 'Vereinbarungen' der Genossen als wie er durch deren 'Verträge' entstehen kann » (*op. cit.*, p. 168).

<sup>(131)</sup> Paul Heilborn (1861-1932), fa il suo primo apprendistato in diritto internazionale sotto la guida di due astri al tramonto di quella scienza nel XIX secolo: Bluntschli e Holtzendorff, dei quali segue gli ultimi corsi, rispettivamente a Heidelberg e Berlino. Tra gli studiosi della sua generazione, Heilborn è uno dei più apprezzati e conosciuti all'estero per il suo rigore che ne fa un punto di riferimento obbligato per Cavaglieri e Anzilotti. Il suo intransigente positivismo rende ovvio l'accostamento al primo Triepel di cui condivide ispirazione, metodo ed obbiettivi. Muore a Breslau dove insegnava, insieme al diritto internazionale, il diritto pubblico e quello penale.

<sup>(132)</sup> P. HEILBORN, *Grundbegriffe des Völkerrechts*, in F. STIER-SOMLO, *Handbuch des Völkerrechts*, erster Band, *Grundbegriffe und Geschichte des Völkerrechts*, Berlin, 1912, p. 36.

giuridica comune degli Stati, freno psicologico che li trattiene dal sottrarsi agli impegni assunti. Meglio vale affidarsi a questo dato pregiuridico piuttosto che a qualche sedicente qualità della volontà comune incorporata nel trattato-accordo <sup>(133)</sup>.

La disputa all'interno del campo dualista era quindi appena cominciata, venendo ad aggiungersi all'altra grande incombenza dei giovani positivisti: la ricostruzione degli istituti.

Su questo versante, è Franz von Holtzendorff a lanciare la prima iniziativa del positivismo in grande stile. Il suo *Handbuch des Völkerrechts* del 1885 raccoglie i contributi di alcuni dei positivisti emergenti del tempo: da Bulmerincq, a Gareis, da Rivier <sup>(134)</sup> a Lammasch — tutti personaggi in vista della scienza giuridica dell'epoca. Scopo dell'opera è quello di compiere per il diritto internazionale lo stesso rinnovamento intrapreso già da due decenni sul terreno del diritto pubblico. Non a caso artefice dell'iniziativa è proprio quell'Holtzendorff che si era distinto in prima persona sul fronte del costituzionalismo con un impegno allo stesso tempo politico e scientifico.

L'impresa si rivela subito di grande portata.

Edwin Dickinson, in un saggio dell'immediato dopoguerra, dava atto volentieri degli sforzi compiuti dal positivismo che aveva preso le mosse da una marcata condizione di subalternità del tradizionale *ius gentium* alle altre branche del sapere giuridico. Il ricorso all'analogia era stato sino ad allora frequente e indiscriminato: « Attention has been fixed on the point of resemblance rather than upon the essential differences, and it is only among modern writers that the importance of bringing the differences into full relief has been appreciated ». Tradizionalmente, del tutto automatico scattava il riflesso di attingere al diritto privato: « Attempts to borrow from the Roman law of contracts, persons, private wrongs, and public wrongs have been equally

---

<sup>(133)</sup> « Die wesentliche Garantie für die regelmäßige, — nicht ausnahmslose Beobachtung des Völkerrechts bilden mithin dieses Gemeinschafts- und Rechtsgefühl einerseits, die Kenntnis des Staats von der Beschränktheit seiner Mittel andererseits » (*Ibidem*, p. 29).

<sup>(134)</sup> Alphonse-Pierre-Octave Rivier (1835-1898), nato a Losanna, dopo aver completato i suoi studi a Berlino, dove si specializza in diritto romano, insegna a Berna e a Bruxelles, dal 1884, il diritto internazionale.

confusing in many instances » (135). Da quel momento, invece, grazie al positivismo maturo, cessava questa promiscuità.

Dickinson rendeva piena giustizia alla scienza giuridica di fine Ottocento.

Per comprenderlo conviene iniziare dalle fonti, tra le quali un Klüber (136) non esitava ad annoverare l'analogia, ammessa in via sussidiaria, ma senza reticenze e con piena consapevolezza delle sue potenzialità creative: « Elle supplée non seulement aux dispositions conventionnelles incomplètes ou imparfaites, mais elle peut même en établir des nouvelles » (137).

Non stupisce che a tanta dilatazione Holtendorff reagisca con un diniego: non bisogna confondere le fonti con le tecniche di interpretazione — ammonisce — giacché in tal modo si mescolano i « Rechtsverhältnisse » e le « Rechtsquellen » (138). Quali sono dunque le fonti del diritto internazionale? Holtendorff ne riconosce quattro: due immediate: il riconoscimento (*Anerkennung*) e la consuetudine; due mediate, ossia i trattati e le leggi nazionali. Riconoscimento? Il riconoscimento reciproco degli Stati fra loro comporta come conseguenza l'accettazione delle regole cui la coscienza giuridica della comunità internazionale presta acquiescenza. È dalla « coabitazione » che nascono queste regole; lo Stato non può sottrarsi. Il consenso unanime non è richiesto per la vigenza di queste regole « necessarie ». Per essere un positivista, Holtendorff mostra così di non essere del tutto ortodosso: non sa o non vuole rinunciare a clausole generali, come questo vago 'riconoscimento', che all'occorrenza possono tornare utili per colmare le inevitabili

(135) E. De WITT DICKINSON, *The Analogy Between Natural Persons and International Persons in the Law of Nations*, in *Yale Law Journal*, 1916-1917, p. 579.

(136) Professore e diplomatico — partecipa al Congresso di Vienna — Klüber (1762-1836) svolge il grosso della sua attività in Prussia e, successivamente, negli ultimi anni, a Francoforte.

(137) J.L. KLÜBER, *Droit des gens moderne de l'Europe*, Stuttgart, 1819, t. I, p. 18.

(138) « Noch viel erheblicher erscheint das Mißverständniß derer, welche den Begriff der Rechtsquellen bis dahin erweitern, daß sogar die der Auslegung der Rechtsquellen, zumal der Gesetze dienenden Operationen der Logik, der Analogie oder die Interpretation selber als Quellen der Rechtserzeugung hingestellt werden » (F. von HOLTZENDORFF, *Die Quellen des Völkerrechts*, in F. von HOLTZENDORFF, *Handbuch des Völkerrechts*, Berlin, 1885, t. I, p. 84).

lacune. Tanto basta per attirargli la critica dei colleghi più conseguenti. Il 'riconoscimento', replica Bonfils, « ne saurait être un mode spécial de formation du droit à placer à côté de la coutume et des traités », in quanto, semmai, li presuppone, manifestando la volontà degli Stati di far parte della comunità internazionale <sup>(139)</sup>.

A simili cedimenti alludeva probabilmente Karl Bergbohm quando denunciava una strisciante tentazione verso il diritto naturale il quale, bandito dalle premesse metodologiche, tornava a fare capolino sotto la copertura dell'analogia o della « natura delle cose », o di simili clausole generali — « noch immer möchte man der Natur der Sache eine Rechtsnorm abzwängen, die noch nicht da ist » <sup>(140)</sup>. Il risultato era quello di « ein aristokratisches Recht der Wissenschaft » che rimaneva distante quanto prima dalla realtà effettiva delle relazioni tra gli Stati <sup>(141)</sup>.

Occorreva decidersi ad operare una catarsi concettuale servendosi, se necessario, anche della sofisticata dogmatica giuridica messa a punto in quegli anni dalla Pandettistica. La « giurisprudenza dei concetti » poteva esercitare una benefica influenza anche sul diritto internazionale laddove servisse a 'ripulirlo' da presenze improprie.

Tra i primi giovani internazionalisti a riportare un importante successo in questa direzione è Paul Heilborn. Il suo tentativo è proprio quello di ricostruire il sistema del diritto internazionale a partire da concetti generali, tratti dalla parte generale del diritto privato, e adattati alle peculiarità del diritto internazionale. Emblematica è l'assimilazione della sovranità alla capacità giuridica e di agire (*Rechts- und Handlungsfähigkeit*), utile espediente che permette di coprire con un ampio ventaglio i momenti d'intensità massima, la sovranità piena, sino alle forme più attenuate come il protettorato e la *suzeraineté*. Identico il senso dell'uso della categoria di negozio giuridico (*Rechtsgeschäft*) che serve a incasellare le più disparate manifestazioni della volontà statale, da quelle unilaterali (riconoscimento, protesta, rinuncia, notificazione) sino a quelle bi-

---

<sup>(139)</sup> H. BONFILS, *Manuel de droit international public*, cinquième édition mise au courant par P. FAUCHILLE, Paris, 1908, p. 22.

<sup>(140)</sup> C. BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Kritische Abhandlungen*, Leipzig, 1892, t. I, pp. 352-353.

<sup>(141)</sup> *Ibidem*, p. 380.

lateralmente come i trattati internazionali. A chi gli avesse obbiettato un'eccessiva dipendenza dalla dogmatica giusprivatistica alla Windscheid, Heilborn replicava che sarebbe stato ben difficile prescindere dai prodotti di quel grande laboratorio di logica e tecnica giuridica, purché naturalmente non si perdessero di vista le inconfondibili proprietà del diritto internazionale. In questo senso e in tali limiti, non era affatto incoerente con il suo rigoroso positivismo la riconoscenza verso la riflessione dogmatica di altri campi del giure: « Ich mag irren: das Schlagwort « privatrechtliche Auffassung » schreckt mich aber nicht » <sup>(142)</sup>.

Sulla scia di Triepel ed Heilborn si pone Dionisio Anzilotti <sup>(143)</sup>, giurista di straordinaria capacità tecnica e di invidiabile rigore linguistico <sup>(144)</sup>, che si distingue immediatamente tra i positivisti europei affrontando il tema della responsabilità dello Stato, di cui offre una teoria oggettiva. Ciò che conta in diritto internazionale è la violazione di una norma imputabile allo Stato: « Tout acte contraire au droit international accompli par les agents d'un État est à regarder comme un acte de l'État et, comme tel, il en engage la responsabilité » <sup>(145)</sup>. Le indagini su colpa e dolo, le ricostruzioni di una *culpa in eligendo* non hanno quindi alcun senso: « Il diritto internazionale non considera come un elemento essenziale della responsabilità l'*animo* del-

---

<sup>(142)</sup> P. HEILBORN, *Das System des Völkerrechts*, Berlin, 1896, p. 413.

<sup>(143)</sup> Dionisio Anzilotti (1867-1950) dopo gli studi giuridici a Pisa, intraprende la carriera universitaria nel diritto internazionale che lo porta ad insegnare a Palermo, Bologna e Roma. Tra i fondatori della *Rivista di Diritto internazionale* nel 1906, siede nel Consiglio per il contenzioso diplomatico e assiste la delegazione italiana alla Conferenza di Parigi quale esperto giuridico. Brevemente vice-segretario della Società delle Nazioni, dalla stessa viene eletto giudice della Corte permanente di giustizia, in cui siede per due mandati presiedendola tra il 1928 e il 1930. Il suo manuale di diritto internazionale è tradotto in francese e tedesco.

<sup>(144)</sup> La sua fama internazionale, destinata a resistere intatta per trent'anni, è dovuta soprattutto a queste sue doti, che lo fanno eccellere nella disamina dei casi non meno che nella ricostruzione degli istituti. Meno significativo è il suo contributo alla teoria generale del diritto internazionale, terreno sul quale è nettamente tributario della scienza tedesca: Triepel, prima della guerra, e Kelsen, in una certa misura, dopo (per questa evoluzione, si veda G. GAJA, *Positivism and Dualism in Dionisio Anzilotti*, in *European Journal of International Law*, 1992, 123-138).

<sup>(145)</sup> D. ANZILOTTI, *La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers*, in R.G.D.I.P., 1906, p. 292.



l'agente nella violazione del diritto altrui, e dà invece la maggiore importanza al *fatto* della ingiusta violazione del diritto altrui » <sup>(146)</sup>. Anche qui vale la solita messa in guardia: « Le analogie tra i principî che presiedono alle relazioni interstatuali e quelli che dominano o hanno dominato nelle relazioni sociali civili, hanno un valore assai limitato, e contengono invece il pericolo di errori non lievi » <sup>(147)</sup>.

Era inevitabile che i positivisti incontrassero sul loro cammino la vetusta e veneranda dottrina dei diritti fondamentali degli Stati. Agli inizi del Novecento, Pasquale Fiore descriveva i diritti fondamentali in termini d'impenitente giusnaturalismo: « Sono diritti naturali internazionali di ogni Stato quelli che si devono ritenere indispensabili, secondo la natura sua come istituzione, affinché esso possa sussistere coi requisiti distintivi che a lui spettano come Stato ». Ossia: autonomia, uguaglianza, libertà, imperio, giurisdizione, uguaglianza, rappresentanza <sup>(148)</sup>.

Che fare di questo legato del contrattualismo? Il francese Pillet passa al setaccio questa classificazione, demolendola punto per punto. Il diritto all'indipendenza? « Si l'indépendance est, comme ils le disent, un droit fondamental, essentiel de l'État, le droit des gens lui-même doit se plier aux exigences de cette indépendance » <sup>(149)</sup>. Ovverosia lo Stato potrebbe violare le sue obbligazioni internazionali « toutes les fois que le voudra »: assurdo!: « On est indépendant ou on ne l'est pas, une indépendance limitée est déjà de la dépendance » <sup>(150)</sup>. In realtà questa pretesa « indipendenza » non è altro che il potere per lo Stato di muoversi liberamente entro i limiti fissati dal diritto internazionale, diritto che esso contribuisce certo a creare, ma che non può modificare a suo piacimento. Nelle relazioni internazionali gli Stati si trovano non in una situazione di indipendenza, bensì al contrario in una condizione di stretta interdipendenza. L'incontro tra le sovranità degli Stati impone di com-

---

<sup>(146)</sup> D. ANZILOTTI, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale* (1902), in *Scritti di diritto internazionale pubblico*, Padova, 1956, p. 140.

<sup>(147)</sup> *Ibidem*, p. 144.

<sup>(148)</sup> P. FIORE, *Il diritto internazionale codificato e la sua sanzione giuridica*, cit., p. 113.

<sup>(149)</sup> A. PILLET, *Les droits fondamentaux des États*, in R.G.D.I.P., 1898, p. 76.

<sup>(150)</sup> *Ibidem*, p. 78.

piere un sacrificio — qualcuno deve cedere il passo. Quale regola presiede la soluzione di questo conflitto? Pillet fa salva la parte migliore della vecchia teoria giusnaturalista riducendola *in nuce* al riconoscimento di un solo diritto: quello degli Stati al mutuo rispetto della loro sovranità. Premesso che gli Stati detengono questa prerogativa primordiale, la decisione su chi debba piegarsi in caso di conflitto spetta al principio del « minor sacrificio » (*la loi du moindre sacrifice*). Nella transazione prevale il diritto più rilevante: « Les États n'ont entre eux qu'un seul droit fondamental et essentiel, c'est le droit au respect mutuel de leur souveraineté, mais ce droit reconnu et observé conduit à la solution de tous les conflits internationaux par la simple comparaison de l'intérêt public que présente pour chacune des parties la reconnaissance des prétentions qu'elle élève » <sup>(151)</sup>. Esempio di quello che si chiamerebbe oggi « bilanciamento » è la teoria del contrabbando di guerra e il blocco, tipico caso di equilibrio tra gli interessi contrapposti dei neutri e dei belligeranti <sup>(152)</sup>. In quanto soggetti di diritto sovrani, gli Stati debbono conseguentemente ammettere la necessità di consentire l'un l'altro l'esercizio delle funzioni essenziali implicite nella nozione di sovranità, dalla conservazione all'espletamento dei servizi essenziali, allo sviluppo e via di seguito, secondo una scala decrescente d'importanza.

Questa prospettiva viene giudicata ancora troppo impregnata di soggettivismo dai positivisti più rigorosi come Cavaglieri <sup>(153)</sup>. « In diritto internazionale », ribatte egli a Pillet, « è assurdo il

---

<sup>(151)</sup> *Ibidem*, p. 249.

<sup>(152)</sup> « L'unique élément commun d'appréciation de leurs prétentions réciproques est celui qui repose sur une analyse comparative de la valeur et de l'importance des divers attributs de cette souveraineté (...) en cas des conflits, (les États, n.d.r.) sont rationnellement obligés de donner la préférence à l'intérêt public le plus fort compromis dans le litige » (A. PILLET, *Recherches sur les droits fondamentaux des États*, Paris, 1899, pp. 41-42).

<sup>(153)</sup> Arrigo Cavaglieri (1880-1936), dopo aver compiuto gli studi a Padova, intraprende la carriera accademica nel diritto internazionale che lo conduce a insegnare nel R. Istituto di Firenze e in quello di Roma per scienze economiche e commerciali, per approdare infine, nel 1924, alla cattedra di Napoli. Membro del Contenzioso diplomatico dal 1924, consulente giuridico della Marina, Cavaglieri partecipa a diverse conferenze internazionali. Scientificamente, rimarrà fedele all'ispirazione positivista e dualista, pur rettificando col tempo alcune sue definizioni, sulla scorta del grande dibattito

concepire l'esistenza di diritti soggettivi fondamentali degli Stati, i quali non abbiano la loro base e la loro giustificazione in una norma fondamentale di diritto internazionale positivo, formata dal consenso tacito od espresso degli Stati». Quindi « ogni costruzione teoretica di diritti fondamentali, essenziali, immutabili, preesistenti all'ordinamento giuridico positivo, si rivela priva di valore scientifico »<sup>(154)</sup>. Poiché « i diritti fondamentali degli Stati non hanno la loro sorgente e la loro base in alcuna norma di diritto obbiettivo », ne consegue che il riproporli equivalga a perpetuare « il passato dualismo tra diritto naturale e diritto positivo »<sup>(155)</sup>. La chiave di volta per Cavaglieri va cercata altrove, ossia nel riconoscimento. Riconoscendosi reciprocamente come personalità giuridiche gli Stati ammettono l'esistenza di una sfera di azione all'interno della quale ciascuno di essi esercita liberamente le sue funzioni. Questa sfera protetta è null'altro che l'invulnerabilità della sovranità esercitata in un ambito territoriale. Se quindi un diritto fondamentale degli Stati esiste, esso coincide con quello primordiale al rispetto dell'integrità del territorio, luogo di esercizio della sovranità. In sintonia con Jellinek ed Heilborn, da cui trae evidente ispirazione, Cavaglieri conclude che « ogni attentato contro l'integrità del territorio e contro l'esercizio indisturbato della sovranità territoriale è perciò un attentato alla persona stessa dello Stato »<sup>(156)</sup>. La ricostruzione di questo unico diritto fondamentale, che scaturisce dal riconoscimento, pare « più che sufficiente a tradurre giuridicamente ed a tutelare quelle esigenze e quei concetti fondamentali della vita internazionale, per cui fu costruita la teoria dei diritti fondamentali »<sup>(157)</sup>.

Come altrettanti capisaldi espugnati, cadono uno dopo l'altro i punti di forza della scuola classica, riscritti da cima a fondo da una dottrina positivista animata da furore iconoclasta.

---

postbellico (per una rassegna esaustiva delle sue opera si veda il necrologio scritto dall'allievo Roberto Ago in R.D.I., 1936, pp. 121-151).

<sup>(154)</sup> A. CAVAGLIERI, *I diritti fondamentali degli Stati nella società internazionale*, Padova, 1906, p. 104.

<sup>(155)</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>(156)</sup> *Ibidem*, p. 135.

<sup>(157)</sup> *Ibidem*, p. 136.

La successione degli Stati: un tema tanto controverso quanto ideale per aggredire l'onnipresente ipotesi civilista. Costruita tradizionalmente sul modello della successione universale romanistica, quella tra gli Stati si ribellava a un involucro così stretto, la cui plausibilità, oltre che smentita dalla prassi diplomatica, sembrava intaccare il nocciolo stesso del concetto di sovranità<sup>(158)</sup>. La discontinuità tra ordinamenti era compatibile con la successione nei rapporti obbligatori?

Tra coloro che con zelo si mettono all'opera è Max Huber. Sulla scia di Gierke, da cui trae il metodo sociologico e la rappresentazione organicista dello Stato — retaggio della cultura d'impronta germanista — Huber contesta da subito l'analogia con l'istituto di diritto privato. Nella successione romanista, ci dice, il successore entra nei diritti ed obblighi del *de cuius* come se fosse quello stesso — « als wäre der Vorgänger selber » — perpetuato grazie a una finzione. Non così nel diritto internazionale dove il successore assume gli obblighi e i diritti come propri — « als wären es seine eigenen »<sup>(159)</sup>. Diverso il titolo per la successione nei due casi: nel primo, nel diritto privato, è la volontà del *de cuius* o la legge; nel secondo, è proprio l'opposto: è la volontà del successore che esercita la sua potestà sul territorio<sup>(160)</sup>. Senza questo dato reale, ossia l'occupazione materiale del territorio, non può esservi successione — « ohne diesen Gewaltwechsel ist eine Nachfolge

---

(158) La dottrina della successione universale, abitualmente ricondotta a Grozio, era giustificata sulla base della continuità della persona statale nell'avvicendamento dei sovrani. Una distinzione corrente era quella tra trattati « personali », stipulati nell'interesse esclusivo del regnante, e « reali », in quanto contratti nell'interesse dell'*Universitas*; i primi spiravano, mentre i secondi si perpetuavano in quanto pertinenze dello Stato. Occorre aggiungere che solo nella prima metà dell'Ottocento si fa chiara la differenza tra successione statale vera e propria e mutamento di governi, due fenomeni che tendevano ad essere sovrapposti fino ad allora (D. O'CONNELL, *State Succession and the Theory of State*, in *Grotian Society Papers*, 1972, ed. by C.H. ALEXANDROVICZ, The Hague, 1972, pp. 25-29).

(159) M. HUBER, *Die Staatensuccession*, Leipzig, 1898, p. 18.

(160) « Der völkerrechtliche Successor macht sich selber zum Nachfolger, indem er das Successionsobjekt in seinen Besitz bringt. Nur dies gibt ihm ein Recht. (...). Völkerrechtlicher Besitz ist Gewaltbethätigung in und aus einem Gebiet. Das Staatsgebiet ist diejenige Seite des Staates, wo körperlich von ihm Besitz ergriffen werden kann » (*Ibidem*, p. 20).

nicht denkbar ». Né per l'appropriazione è necessario, ovviamente, il consenso (« Zustimmung ») del predecessore. Donde la primitività di questo avvicendamento che trae la sua legittimità dall'elemento tutto fattuale dell'impossessamento del bene, dell'eredità: « Das Nehmen des Nachlasses ». La successione consiste quindi nella sostituzione di una sovranità ad un'altra su di un determinato territorio, con la conseguente appropriazione e presa in eredità dei diritti e obblighi patrimoniali ad esso inerenti.

Diverso il titolo, si diceva, e diverso anche il destino dell'eredità da quello che le incombe nel diritto privato, aggiungiamo ora. Nel diritto internazionale tutto ciò che proviene dalla volontà unilaterale del predecessore, cade con questo, a meno che il successore non voglia riassumerlo. Al contrario, dice Huber, rimangono a carico dello Stato sopravveniente i rapporti con i terzi — « Anders mit den Rechten und Pflichten, die Dritte gegen den Staat erworben oder der Staat gegen sie ». I rapporti obbligatori sussistono, inclusi quelli passivi, in base al principio che *bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno* <sup>(161)</sup>. Lo spartiacque essenziale corre quindi lungo la linea che separa gli atti unilaterali dai negozi bilaterali: i primi cadono in quanto la novazione è totale, i secondi sopravvivono perché cambia una parte sola del rapporto, l'altra restando invariata <sup>(162)</sup>. Sostituzione più continuazione, entro questi limiti, quindi, tra il nuovo *Gebietsherr* e il suo predecessore.

Ma quando si è in presenza di una vera successione? È qui che soccorre l'insegnamento di Gierke. Si ha successione quando il centro di un organismo è sostituito da un'altro — « die Ausdehnung eines Rechtscentrums auf Rechte und Pflichten eines anderen dafür zurückgedrängten oder vernichteten Centrums » <sup>(163)</sup>. La vita dell'organismo statale prosegue intorno a questo centro nuovo che, attraverso la conquista del territorio, entra in possesso dell'intero

<sup>(161)</sup> « Indem der Nachfolger ein Stück Staat ergreift, nimmt er damit auch das in ihm enthaltene Vermögen, das objektiv nicht grösser ist, als die aktiven Teile um die passiven vermindert » (*Ibidem*, p. 22).

<sup>(162)</sup> « In alle einseitigen Schöpfungen tritt, da sie ganz verschwinden, etwas ganz Neues ein, während bei den zweiseitigen der eine Teil bestehen bleibt als unverändert, indes an die Stelle des anderen ipso facto ein anderes Subjekt eintritt » (*Ibidem*, p. 23).

<sup>(163)</sup> *Ibidem*, p. 26.

corpo/patrimonio — « Gesamtnachfolge in einem Vermögen als Ganzes ».

L'articolata costruzione di Huber non convince Cavaglieri che simpatie verso la metafora organicista proprio non nutre. « Nel campo del diritto internazionale il rapporto di successione non ha base e ragione di essere »<sup>(164)</sup>, afferma perentorio. La demolizione dell'analogia privatistica procede con altrettanta determinazione e facilità di quella di Huber per giungere alla conclusione identica: « Queste differenze, alle quali tante altre si potrebbero aggiungere, rivelano l'impossibilità di costruire la figura della successione di Stato a Stato sul tipo di quella di diritto privato. L'insistere su un'analogia che non ha fondamento, potrebbe essere soltanto fonte di equivoco e di errore »<sup>(165)</sup>.

Se successione non vi è che obblighi possono riconoscersi a carico del nuovo Stato? La risposta, diversa da quella di Huber e ben più restrittiva, è scandita senza incertezze: « Se esso, come avviene nella maggior parte dei casi, accetta almeno in una certa misura gli obblighi patrimoniali dello Stato antecessore, ciò dipende da argomenti, o di diritto o di equità, dedotti esclusivamente dal suo ordine interno, quindi dipendenti da una valutazione che rimane affatto estranea al diritto internazionale »<sup>(166)</sup>.

Solo una porta è lasciata aperta agli aventi causa dallo Stato estinto, ma solo per gli obblighi assunti nell'ordinamento interno. Arricchimento senza causa è il titolo che per Cavaglieri può giustificare l'assunzione delle obbligazioni da parte del nuovo Stato. Premesso che « fra i due Stati non sussiste alcun legame personale di valore giuridico, quindi nessun motivo, all'infuori della locupletazione, che giustifichi una pretesa verso il nuovo Stato di privati creditori dello Stato antecessore » ne consegue che « il nuovo Stato sarà tenuto ad assumere gli obblighi patrimoniali del suo antecessore nei limiti della realizzata locupletazione »<sup>(167)</sup>.

Ancora un accenno alla questione del riconoscimento, istituto di

<sup>(164)</sup> A. CAVAGLIERI, *La dottrina della successione di Stato a Stato e il suo valore giuridico*, Pisa, 1910, p. 108.

<sup>(165)</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>(166)</sup> *Ibidem*, pp. 111-112.

<sup>(167)</sup> *Ibidem*, p. 141.

notevolissimo rilievo sistematico, stante la sua incidenza sul concetto di personalità statale.

La dottrina tradizionale vedeva in questo atto un negozio dichiarativo. Il riconoscimento degli Stati sudamericani aveva suscitato un dibattito che si era concluso con l'ammissione della regola dell'effettività dell'indipendenza: quando questa fosse saldamente stabilita, il riconoscimento doveva seguire <sup>(168)</sup>. Non così per una parte del positivismo di fine secolo che suggerisce, con Anzilotti, una costruzione costitutiva dell'atto, visto come accordo bilaterale tra Stati che consentono a trattarsi reciprocamente come persone di diritto internazionale: « Il riconoscimento così inteso ha vero e proprio valore costitutivo; non accerta una qualità già esistente nello Stato, ma la crea; è il fatto da cui deriva la personalità internazionale dello Stato » <sup>(169)</sup>. La teoria dichiarativa, accusa Anzilotti, è puro residuo del diritto naturale, « perché concepisce la personalità, cioè una qualità giuridica, come un prodotto della costituzione stessa dello Stato, della sua natura, prima e indipendentemente dal diritto positivo » <sup>(170)</sup>.

Non è necessario andare oltre nell'esemplificare l'operazione realizzata dal positivismo. Queste teorie come altre ancora erano destinate a suscitare un vivace dibattito già all'indomani della loro elaborazione <sup>(171)</sup>. Col tempo alcune saranno abbandonate ed altre sottoposte a revisione sotto la pressione di una casistica che si ribellava alla loro eccessiva rigidità o per il sopravvenire di nuovi paradigmi <sup>(172)</sup>. Ma tale constatazione non toglie nulla all'imponenza dello sforzo compiuto <sup>(173)</sup>.

---

<sup>(168)</sup> La condizione era quella della « cessation of a substantial struggle » (*Letters by Historicus on some Questions of International Law, reprinted from « The Times » with considerable additions*, London, 1863, p. 7).

<sup>(169)</sup> D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, Roma, 1912, p. 89.

<sup>(170)</sup> *Ibidem*, p. 90.

<sup>(171)</sup> Tipico della dialettica interna allo stesso positivismo italo-tedesco, il saggio di G. DIENA, *Considerazione critiche su alcune teorie del diritto internazionale secondo gli studi più recenti*, Torino, 1908.

<sup>(172)</sup> Per l'evoluzione della dottrina italiana, si veda A.P. SERENI, *The Italian Conception of International Law*, New York, 1943, p. 244 e sgg.

<sup>(173)</sup> Nel secondo dopoguerra, un Maestro del diritto internazionale come Roberto Ago valutava con severità il bilancio del positivismo, giudicato responsabile di avere

Nel primo dopoguerra Hersch Lauterpacht sottoporrà ad una critica memorabile la dottrina positivista, da lui accusata di aver compiuto l'operazione del tutto innaturale di chiudere il campo del diritto internazionale alla feconda ed inevitabile analogia privatistica. « An uncritical iconoclasm in relation to private law is indeed one of the characteristic features of modern international law, in spite of the fact that the rejected analogy reappears in the writings of modern positivists under the form of conceptions of general jurisprudence, of the reason of the thing, and of logical deductions »<sup>(174)</sup>. Un'eccessiva docilità verso il volere dello Stato, ipostatizzato quale valore assoluto, aveva arenato la scienza nelle secche di un'inconcludente e surreale autoreferenzialità<sup>(175)</sup>. Era tempo di riallacciare il dialogo con i padri fondatori della dottrina classica i quali, saggiamente, non avevano mai pensato di tagliare i ponti con la tradizione giusprivatista.

Con il senno di poi, in una temperie spirituale mutata e in presenza di cospicue novità istituzionali, viene da chiedersi se non fosse esercizio fin troppo facile quello di insorgere contro le angustie e le cautele del positivismo prebellico. Al contrario, il distacco di uno sguardo di lunga durata permette all'osservatore odierno di cogliere ciò che i promettenti studiosi degli anni Venti non potevano

---

accreditato l'idea della « riducibilità di tutto il diritto al prodotto di determinati fatti » (la volontà degli Stati), nella supposizione che « un simile prodotto sia « diritto » solo perché posto in essere da quei fatti » (R. AGO, *Scienza giuridica e diritto internazionale*, Milano, 1950, p. 30). La critica è certamente fondata, a condizione però di riconoscere che, nel corso dell'Ottocento, tanto il giusnaturalismo, quanto lo storicismo, non erano riusciti ad esprimere indirizzi alternativi di un qualche rilievo. Occorre prendere atto che solo in reazione alla svolta positivista, e più spesso ancora dal suo stesso seno, prende corpo negli anni Venti una riflessione di ampio respiro sui fondamenti del diritto internazionale. Senza la pulizia concettuale e il rigore del positivismo questa fioritura sarebbe stata impensabile.

<sup>(174)</sup> H. LAUTERPACHT, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, London, 1927, p. 297.

<sup>(175)</sup> « The origin of the repudiation of private law may be traced to the two predominant aspects of the doctrine of sovereignty, namely: (a) to a rigidly conceived positivism which reject any wide use of juristic analogy as implying an extensive interpretation of State obligations and as subjecting sovereign States to rules not expressly recognised by them; (b) to the widely accepted notion of the absolute value of the State as the exclusive subject of international law, and of the absolute character of the interests protected by it » (*Ibidem*, p. 298).



e più probabilmente non volevano ammettere: ossia lo straordinario contributo dato dal positivismo statualista ottocentesco all'ingresso del diritto internazionale nel campo delle scienze giuridiche con uno *status* di pari dignità.

### 2.3. *Sincretismo anglosassone*

Dire che la tradizione intellettuale anglosassone, da Hume e Burke in poi, rifugge la « metafisica » continentale è ripetere un truismo. Che però anche in questo caso deve essere riproposto poiché descrive il tratto dominante della dottrina anglo-americana del diritto internazionale: un grande pragmatismo impermeabile alle « speculazioni » d'oltremarica <sup>(176)</sup>.

Non si è profeti in patria. Mai massima è stata più appropriata per il destino toccato in sorte alla lezione di Bentham e Austin sul diritto internazionale. Il solo autore di rilievo che invochi la *Utility* benthamiana come principio fondatore del diritto internazionale — gli Stati gli prestano obbedienza perché ne riconoscono l'interesse evidente — è Oke Manning <sup>(177)</sup>. Quanto a Austin, è citato solo per essere sconfessato, con l'eccezione di Thomas Erskine Holland, l'unica figura di spicco che si richiami esplicitamente al suo insegnamento <sup>(178)</sup>.

---

<sup>(176)</sup> Hersch Lauterpacht ha smentito in uno scritto giovanile il fondamento della distinzione tra scuola anglosassone e continentale. L'origine di questo dualismo sarebbe dovuto all'eccessivo peso attribuito dai giuristi inglesi alle tendenze del positivismo più rigido e astratto che rappresenterebbero, in realtà, solo una frangia del ben più vasto e articolato panorama continentale. Questo argomento non mi sembra granché probante. Certo, è innegabile che il pensiero giuridico continentale abbia prodotto importanti filoni programmaticamente avversi e alternativi al positivismo. Il punto è però che la *nota dominante* nella dottrina del diritto internazionale di questo periodo è data dal positivismo dogmatico, e non dagli autori dissenzienti che faranno sentire la loro influenza — non sempre decisiva de resto — dagli anni Venti in poi (H. LAUTERPACHT, *The So-called Anglo-American and Continental Schools of Thought in International Law* (1931) in *International Law, being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, by E. LAUTERPACHT, Cambridge, 1975, v. II, Part. I, pp. 452-483).

<sup>(177)</sup> « Utility (...) is nevertheless absolute in its demand of obedience to these Positive laws, whence once instituted » (O. MANNING, *Commentaries on the Law of Nations*, London, 1839, p. 67).

<sup>(178)</sup> Il diritto internazionale può essere chiamato « Law » « only by courtesy ». « They are but the formulated view of the civilised world upon the graver questions

Va detto del resto che lo storicismo burkeano, destinato ad attecchire in Europa nella prima metà dell'Ottocento grazie al magistero di Savigny, poteva vantare un punto di forza particolarmente calzante per il diritto internazionale nella stessa *Common Law*. Le analogie tra la crescita del diritto consuetudinario interno e gli sviluppi del diritto internazionale erano balzate agli occhi precocemente ai pionieri della *Law of Nations*. Robert Ward, un giurista che scrive nella seconda metà del Settecento, si sbarazza della dipendenza dal diritto naturale in due battute: il diritto delle genti non è affatto derivabile *in toto* dai precetti della legge naturale, in quanto da essa si distingue per la sua mutabilità. Si guardi invece alla *Common Law*: con il diritto consuetudinario « the law of nations may be said to be constructed in the same manner with various parts of other laws, which are not written, but derive their force absolutely from equity and custom, of which, a very great proportion of the law of this realm (surely far different from the mere law of nature) is an illustrious example » (179).

Non stupisce affatto che questa intuizione venga ripresa e valorizzata con talento da una delle firme di maggior spicco dello storicismo giuridico europeo dell'epoca, forse la figura più interessante del metodo comparativo nonché precursore dell'antropologia giuridica: Henry Sumner Maine. L'autore di *Ancient Law* è anche cultore del diritto internazionale, nella veste di titolare della prestigiosa cattedra *Whewell* all'Università di Cambridge. E come ovvio le prime parole del suo *International Law* sono dirette proprio a colpire la scepri di Austin facendo leva sul fertile metodo sperimentato nelle sue intense peregrinazioni indiane. Ciò che conta perché si possa parlare di norma giuridica non è la sanzione pretesa da Austin,

---

which may arise between governments. International Law is, in fact, a beneficent application of legal ideas to questions which, from the nature of the case, are incapable of a legal solution ». La pietra di paragone per valutare la congruità delle « norme » di diritto internazionale è solo l'utilità, non la conformità al diritto di natura. (Th. E. HOLLAND, *Lectures on International Law*, ed. by TH. A WALKER and W.L. WALKER, London, 1933, pp. 6, 41). Thomas Erskine Holland (1835-1926) insegna diritto internazionale a Oxford dal 1874 al 1910. Redige per il governo britannico i manuali per la guerra marittima e terrestre.

(179) R. WARD, *An Enquiry into the Foundation and History of the Law of Nations in Europe*, London, 1795, t. I, p. 32.

bensì « a strong approval of a certain body of rules »<sup>(180)</sup>. Nelle società asiatiche e primitive è il consenso e non la sanzione che tiene insieme l'ordinamento: così nel diritto internazionale.

La lezione di Maine trova ascolto. Thomas Walker, autore di pregevoli ricerche sulla storia del diritto internazionale, prosegue la critica del Maestro. « Primitive Law is Custom, Custom observed on account of its antiquity or on account of its supposed Divine origine. Custom is a Law in itself: its own legislator and its own sanction »<sup>(181)</sup>. È la credenza nella validità della norma e non il timore della coercizione che ne assicura l'effettività. Questa credenza « is often a sanction far more effective than are the penalties annexed »<sup>(182)</sup>. In altre parole « Observance precedes Command, and the Administrator the Law-Giver »<sup>(183)</sup>.

In questo caso non giocava solo la deferenza per l'ingegno di uno studioso britannico. Chi a quell'epoca avesse cercato conferme nella dottrina più prestigiosa del continente non avrebbe tardato a trovarne, ed anche delle più autorevoli. Quando si diceva consuetudine e tradizione il pensiero correva subito ai due giganti del diritto tedesco, Savigny e Puchta, che in questo come in altri settori fanno sentire la loro influenza in tutta Europa, l'insulare Inghilterra compresa. Alla ricerca della definizione di diritto consuetudinario, in polemica con la tendenza ad allargarne troppo le maglie, non stupisce che un James Reddie abbia trovato soddisfazione nella dottrina più in voga in Germania<sup>(184)</sup>.

Si capisce ora perché i giuristi inglesi abbiano così a lungo perseverato, e spesso eccelso, nel metodo storico-empirico. Forti di questa investitura scientifica, non avevano che da ricostruire i singoli isti-

<sup>(180)</sup> H. SUMNER MAINE, *International Law*, London, 1890, p. 51.

<sup>(181)</sup> Th. A. WALKER, *A History of the Law of Nations*, Cambridge, 1899, v. I, p. 9.

<sup>(182)</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>(183)</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>(184)</sup> « For ascertaining these requisits (n.d.r. della consuetudine), we shall, as we have just said, appeal to the internal common law generally of the civilised nations of Europe. And this we are enabled to do with comparatively less difficulty, from the aid afforded by the very learned and scientific treaties recently published by two of the latest and most eminent writers on internal private law, M. Von Savigny, and the late Professor Puchta of Leipsic » (J. REDDIE, *Inquiries in International Law Public and Private*, London, 1851, second edition, p. 353).

tuti facendo leva sulla prassi, di cui la storia britannica offriva copia di esempi in molti settori. E si comprende anche perché lo spettro delle fonti preso in esame sia stato per tanto tempo così ampio, abbracciando, senza andare troppo per il sottile, casistica, precedenti giudiziari, trattati, ma anche, sussidiariamente, il diritto romano e il diritto naturale, mai messi ufficialmente al bando dai manuali classici inglesi e americani del XIX secolo. In quello di Halleck si legge ad esempio che « the deficiencies of precedent, usage, and express international authority, may be supplied from the rich treasury of the Roman Civil Law » (185). Nella misura in cui vi fosse conferma dell'ottemperanza ad una massima di condotta, questa era riportata nel testo a prescindere di quella che fosse la sua fonte. Se si vuole, era a suo modo un « positivismo », nella misura in cui ricostruiva con tanta cura la prassi, ma di una specie tutta diversa dalla forma « geometrica » della scuola continentale, preoccupata come era di legittimarsi con la riflessione sui fondamenti, il rigore del metodo e la limitazione delle fonti. Questo scrupolo gli inglesi proprio non l'hanno e lo si vede bene percorrendo i manuali di maggior successo dell'epoca: Hall (186), Twiss (187), per non dire del molto eclettico Phillimore. Persino Westlake (188), che pure si professa esplicitamente « positivista », si sente abbastanza libero da poter profferire un'autentica eresia per qualsivoglia promettente giurista continentale: soggetti di diritto non sono solo gli Stati ma anche, in taluni casi, gli individui (189).

---

(185) H.W. HALLECK, *International Law*, San Francisco, 1861, p. 55.

(186) William Edward Hall (1835-1904), classico *gentleman* britannico, coltiva la passione per il diritto internazionale tra un viaggio e l'altro nei più svariati paesi. Autore di un apprezzato manuale, non accederà ad alcuna dignità accademica: nel 1887, gli viene preferita la candidatura del più noto Maine per la cattedra Whewell di diritto internazionale a Cambridge. Nondimeno, ciò non gli impedirà di essere considerato un'autorità indiscussa nella materia, tanto dai suoi compatrioti che dagli studiosi continentali.

(187) Sir Travers Twiss (1809-1897), professore di diritto internazionale a Londra, avvocato generale alla Corte di ammiragliato, poi avvocato generale della Regina, era regolarmente consultato dal governo britannico.

(188) John Westlake (1828-1913) insegna il diritto internazionale pubblico e privato a Cambridge. Influenzato da Savigny, è autore di un'importante opera sul *conflict of laws*, oltre ad essere di gran lunga l'internazionalista scientificamente più profondo e strutturato dell'Inghilterra vittoriana.

(189) Cfr. A.P. HIGGINS, *La contribution de quatre grands juristes britanniques au droit international*, in R.C., 1932, t. 40, pp. 30-31.

Dalla loro i giuristi anglosassoni avevano un grosso punto di forza: la giurisprudenza. Dietro le quinte di un atteggiamento culturale così smalzato allignava la credenza, divenuta quasi un mito, nella c.d. « incorporazione »: il diritto internazionale consuetudinario era parte integrante della *Common Law*; al pari di essa assurgeva a *Law of the Land*, come tale direttamente applicabile dal giudice.

L'origine ufficiale di questa massima si faceva abitualmente risalire ai celebri *Commentaries* di Blackstone che ogni studente di diritto inglese aveva percorso almeno una volta nella vita. « The law of nations (wherever any question arises which is properly the object of it's jurisdiction) is here adopted in it's full extent by the common law, and is held to be a part of the law of the land »<sup>(190)</sup>. Così i tribunali delle prede e ogni altra corte che si fosse trovata ad amministrare la giustizia su rapporti che esigevano una norma di diritto internazionale, non aveva bisogno di cercare la norma municipale corrispondente: l'atto del parlamento sarebbe stato al più dichiarativo o accessorio. Bastava che consultasse direttamente le fonti proprie di quel diritto, a cominciare dalla dottrina.

L'equazione diritto naturale-diritto internazionale-*Common Law* era divenuta, a partire del Settecento, il pilastro della dottrina britannica e un motivo ricorrente del discorso giurisprudenziale. Non fortuitamente del resto, in quanto offriva alcuni cospicui vantaggi teorici e pratici, primo fra tutti quello di rimanere fedeli al primato del diritto naturale e allo stesso tempo di secolarizzarlo facendovi rientrare il grosso delle norme consuetudinarie — soprattutto quelle più congeniali agli inglesi, ovviamente. Rutheforth, ad esempio, sosteneva che il diritto internazionale fosse « the law of nature applied by positive consent to the artificial persons of civil societies »; ed aggiungeva, colmando così lo iato con la prassi, che le sue regole dovevano essere tratte dalla « approved practice of mankind »<sup>(191)</sup>: il che equivaleva ad una professione di pragmatico positivismo. Il diritto naturale attecchisce negli Stati Uniti con ancora maggior vigore che nella ma-

---

<sup>(190)</sup> W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, London, 1769, v. IV, p. 67. Beninteso, l'origine della dottrina era precedente; Blackstone vi aveva aggiunto solo il sigillo della sua autorità.

<sup>(191)</sup> T. RUTHEFORTH, *Institutes of Natural Law*, Cambridge, 1756, t. II, pp. 471-472.

drepatria. Alla fine del Settecento, l'idea dell'incorporazione del diritto internazionale-naturale nella *Law of the Land* era patrimonio comune dei giuristi americani <sup>(192)</sup>. Ancora nei primi decenni del XIX secolo, un'autorità come Kent enumerava senza esitazioni il diritto naturale tra le fonti del diritto internazionale. In assenza di norme positive « the intercourse and conduct of nations are to be governed by principles fairly deduced from the rights and duties of nations, and the nature of moral obligation ». Moralità internazionale e individuale non sono eterogenee, ma costituiscono al contrario « parts of one and the same science » e, come ovvio, questo diritto internazionale ha valenza universale nel tempo e nello spazio « so far as it is founded on the principles of natural law » <sup>(193)</sup>. Trent'anni dopo, Halleck ripeteva la lezione: il diritto naturale è il fondamento della prassi, « as broad as the principles of justice, and as immutable as the law of God » <sup>(194)</sup>. Poteva persino accadere di imbattersi alla fine del secolo in un fine giurista scozzese, James Lorimer <sup>(195)</sup>, che ricostruiva per intero il suo sistema sul postulato che « the law of nations is the law of nature, realised in the relations of separate political communities » <sup>(196)</sup>.

« International is a part of the law of the land ». Inoltre e persino in taluni casi (giurisdizione delle prede): « International law overrules municipal law ». In queste due massime è condensato il legato della scuola del diritto naturale, nella forma di un monismo per « incorporazione », nel quale il diritto internazionale gioca la parte di *Higher Law* — proprio come il vecchio diritto naturale.

Una rassegna della giurisprudenza fa capire il prestigio nonché l'effettiva portata delle due massime.

<sup>(192)</sup> H.J. BOURGUIGNON, *Incorporation of the Law of Nations during the American Revolution — the Case of the San Antonio*, in A.J.I.L., 1977, p. 294.

<sup>(193)</sup> J. KENT, *Commentaries on American Law*, Boston, 1866, eleventh edition ed. by G.F. COMSTOCK, v. I, p. 3.

<sup>(194)</sup> HALLECK, *op. cit.*, p. 51.

<sup>(195)</sup> James Lorimer (1818-1890) professore di diritto internazionale ad Edimburgo, si era formato in Germania dove aveva seguito a Berlino le lezioni di Puchta e Trendelenburg e, a Bonn, del filosofo Dahlmann, studiando alla stesso tempo la chimica. Molto rispettato in patria e all'estero — Ernest Nys traduce in francese il suo manuale —, fertile di intuizioni, non esercita tuttavia una grossa influenza, stante la base giusnaturalista del suo pensiero.

<sup>(196)</sup> J. LORIMER, *The Institutes of the Law of Nations*, Edinburgh, 1883, v. I, p. 53.

Sul versante giurisprudenziale, i giudici inglesi e americani non fanno economia di omaggi al diritto internazionale.

Lord Stowell, celebre magistrato della Corte di ammiragliato, nei casi del « *Maria* » (1799) e del « *Fox* » (1811) aveva forgiato l'assioma — o piuttosto la leggenda — dell'applicazione diretta del diritto internazionale da parte del giudice delle prede che veniva presentato come una vera istanza imparziale, per quanto localizzata nel territorio di un singolo Stato, al punto che anche in presenza di ordini del proprio governo, esso avrebbe dovuto interpretarli in modo conforme allo *ius gentium* <sup>(197)</sup>. Non è da meno la Corte suprema americana che, nelle parole del grande giudice Joseph Story (« *La jeune Eugenie* » 1822), rivendica l'autorità di ricavare dal diritto naturale l'esistenza di norme giuridiche purché non sconfessate dalla prassi effettiva degli Stati <sup>(198)</sup>. Sempre al diritto internazionale consuetudinario spetta definire i crimini puniti dalla legislazione interna con una sorta di norma penale in bianco, in cui il rinvio è fatto a beneficio dello *ius gentium*. Nel caso « *Smith* » (1820), la Corte suprema dichiara che il crimine di pirateria può essere punito « as defined by the law of nations » <sup>(199)</sup>. Tenuto conto del fatto che l'art. VI della costituzione federale equipara i trattati internazionali alla *Higher Law* costituzionale, si comprende meglio l'inclinazione dei giudici ad assimilarvi quella parte del diritto internazionale consuetudinario che fosse universalmente riconoscibile e documentabile — per sua natura, quindi, non molto estesa.

Bisogna attendere l'Ottocento inoltrato perché la scena si mo-

---

<sup>(197)</sup> P. COBBETT, *Cases and Opinion on International Law, War and Neutrality*, London, 1913, v. II, pp. 188-190.

<sup>(198)</sup> « I think it may be unequivocally affirmed, that every doctrine, that may be fairly deduced by correct reasoning from the rights and duties of nations, and the nature of moral obligation, may theoretically be said to exist in the law of nations; and unless it be relaxed or waived by the consent of nations, which may be evidenced by their general practice and customs, it may be enforced by a court of justice, whenever it arises in judgement » (cit. da J. BROWN SCOTT, *Cases on International Law*, St Paul, 1906, p. 4).

<sup>(199)</sup> *Ibidem*, p. 14. « The piracy cases represent one of the last occasions in the history of American jurisprudence in which one can see the idea of natural rights as a source of law, independent of positivistic legislation, being given credibility and stature » (G.E. WHITE, *The Marshall Court and International Law: The Piracy Cases*, in A.J.I.L., 1989, p. 735).

vimenti. Questo pilastro della *Law of Nations* in versione anglosassone vacilla per la prima volta negli anni Settanta del secolo scorso. L'episodio del *Franconia* (altrimenti conosciuto come « *The Queen v. Keyn* », 1876), sembrava rompere con questa augusta tradizione. Il caso era nato quando la nave tedesca « Franconia » aveva speronato entro le tre miglia dalla costa inglese un mercantile provocando la morte di un passeggero. Arrestato il capitano una volta approdato in Inghilterra, la difesa aveva eccepito l'incompetenza criminale invocando l'assenza di una norma interna che dichiarasse l'area delle tre miglia dalla costa soggetta alla giurisdizione criminale inglese. La decisione della Corte aveva destato scalpore. Adottata a stretta maggioranza, dava ragione alla difesa argomentando che non esisteva uno statuto del Parlamento che affermasse la giurisdizione britannica su quel braccio di mare delle tre miglia dalla costa e pertanto la declinava <sup>(200)</sup>. Nel 1878, era seguito il *Territorial Waters Jurisdiction Act* con il precipuo fine di mettere termine ai dubbi.

Il colpo era rude, ma per nulla mortale. Che non si creda all'efficacia risolutiva di questo precedente. La dottrina anglo-americana esita ad emanciparsi dall'assioma giusnaturalistico, complici gli *obiter dicta* di alcune decisioni sporadiche cui viene data grande eco, quasi a ricucire lo strappo del 1876.

Nel caso del *Paquete Habana* (1900), la Corte suprema americana dichiarava esistente, sulla base dell'indagine del diritto internazionale riportato dalla dottrina dominante, la norma che sanciva l'esenzione dalla confisca dei battelli da pesca appartenenti a sudditi nemici. « International law », si leggeva nella motivazione, « is part of our law, and must be ascertained and administered by the courts of justice » cercando, quando necessario, nelle « customs and usages of civilised nations », attestate dalla letteratura più accreditata <sup>(201)</sup>. Significativo il commento di uno studioso americano, Willoughby, che vi trovava conferma della massima classica: quando il Congresso non smentisce esplicitamente una norma di diritto internazionale consuetudinario allora il silenzio vale approvazione: in tal caso « the courts properly

---

<sup>(200)</sup> P. COBBETT, *Cases and Opinions on International Law*, cit., *Peace*, v. I, pp. 135-136.

<sup>(201)</sup> F. DEAK, *American International Law Cases (1783-1968)*, New York, 1971, v. I, p. 104.



hold that it is its intention that the generally recognized principles of international conduct shall be applied » (202).

In un'altra decisione celebre, questa volta inglese, « *The West Rand Central Gold Mining Company, Ltd., v. Rex* » (1905), il principio « dell'incorporazione » era stato ribadito con un onere in più: la cautela di esigere una « satisfactory evidence » sull'effettivo rispetto della regola da parte delle « civilised nations », tale da giustificare a ragion veduta l'etichetta di « diritto consuetudinario » adottato anche dalla Gran Bretagna (203).

Per la verità tutto questo dibattito aveva l'aria di una grande mistificazione (204), dovuta più ad attaccamento sentimentale alle radici culturali settecentesche che ad una fredda ponderazione degli elementi in campo. Con il suo abituale senso pratico Thomas Holland riporta in poche battute alle sue reali dimensioni il caso nato con « *Queen v. Keyn* »: certo il « diritto » internazionale è incorporato nella *Common Law* e come tale deve essere applicato; non è pertanto necessaria allo scopo una legge di esecuzione e conversione; tuttavia, qualora il parlamento si pronunci contro una norma di diritto internazionale, il giudice è vincolato all'osservanza della disposizione di diritto interno (205). La deduzione era ineccepibile e non è un caso che trovasse concorde l'altra figura di spicco del diritto internazionale britannico, John Westlake (206). Delle due massime, restava in piedi quella che sanciva l'« incorporazione » del

---

(202) W.W. WILLOUGHBY, *The Legal Nature of International Law*, in A.J.I.L., 1908, p. 365.

(203) COBBETT, *op. cit.*, v. I, p. 17.

(204) Va osservato che nel caso del « Franconia » la questione dell'esistenza della norma consuetudinaria delle tre miglia si intrecciava con quella, tutta diversa, della necessità di una norma di incorporazione: la prima si riduceva ad un problema interpretativo, la seconda sollevava una vera e propria difficoltà costituzionale.

(205) Th. E. HOLLAND, *Studies in International Law*, Oxford, 1898, p. 199.

(206) « The English courts must enforce rights given by international law as well as those given by the law of the land in its narrower sense, so far as they fall within their jurisdiction in respect of parties or places, subject to the rules that the king cannot divest or modify private rights by treaty (with the possible exception of treaties of peace or treaties equivalent to those of peace), and that the courts cannot question acts of state (or, in the present state of the authorities, draw consequences from them against the Crown) » (J. WESTLAKE, *Is International Law a Part of the Law of England?*, in *The Law Quarterly Review*, 1906, v. XXII, p. 26).

diritto internazionale nella *Common Law*, mentre cadeva quella — da sempre di dubbia consistenza — della « prevalenza » del diritto internazionale su quello municipale: le corti dovevano sempre inchinarsi davanti a un *Act of State* o alla volontà del parlamento, sempreché non fossero interpretabili in sintonia con il diritto internazionale.

Tutto sommato, una tempesta in un bicchier d'acqua che aveva nondimeno il merito di invitare alla meditazione dei massimi sistemi quei giuristi inglesi che tanto vi erano refrattari.

L'impenitente pigrizia intellettuale della cultura giuridica britannica sarebbe rimasta probabilmente indisturbata nella sua inerte riverenza delle tradizioni se non fosse stato per un giurista tedesco anglicizzato. Con Lassa Oppenheim la musica cambia: « Only a positive Law of Nations can be a branch of the science of law »<sup>(207)</sup>. Nutrito di cultura giuridica tedesca<sup>(208)</sup>, questo immigrato di eccezione nell'università inglese, vi introduce il rigore del vero « positive method ».

Ecco il suo viatico. Per cominciare, lo studioso di diritto internazionale deve sgombrare il campo dal diritto naturale, che ha esaurito da tempo la sua funzione, per limitare la ricerca alle « recognised rules of international law as they are to be found in the customary practice of the states or in law-making conventions »<sup>(209)</sup>. In secondo luogo, deve resistere alla tentazione di usare con disinvoltura l'analogia: « It is thousand times better to leave a question open than to answer it incorrectly. The science of international law can neither step into the place of legislation and of codification, nor into the place of custom »<sup>(210)</sup>. In terzo luogo, occorre sfatare miti falsi e pericolosi come

<sup>(207)</sup> L. OPPENHEIM, *International Law*, London, 1905, v. I, p. 92.

<sup>(208)</sup> Nato vicino a Francoforte sul Meno nel 1858, Lassa Oppenheim studia il diritto romano a Gottinga con Jhering, il diritto privato e quello costituzionale a Berlino, dove gli sono maestri Beseler e Treitschke. Le sue frequentazioni culturali si estendono poi al diritto internazionale (ad Heidelberg con Bluntschli), al diritto penale con Binding e alla filosofia con Wundt. Professore a Basilea, si trasferisce nel 1895 a Londra per motivi di salute. È professore di diritto internazionale prima alla London School of Economics, poi a Cambridge, dove succede a Westlake. Muore nel 1920.

<sup>(209)</sup> L. OPPENHEIM, *The Science of International Law: Its Task and Method*, in A.J.I.L., 1908, p. 333.

<sup>(210)</sup> *Ibidem*, p. 335.

quello che vuole il diritto internazionale prodotto anche dalle giurisdizioni interne, come i tribunali delle prede: « As far as international law is concerned municipal courts cannot make any law or shape the existing law »<sup>(211)</sup>. In quarto luogo, la massima prudenza è necessaria nell'apprezzamento delle decisioni arbitrali in quanto, per asseverare se la regola applicata può creare un precedente, occorre sempre confrontarla con il diritto internazionale vigente.

Questo *vademecum* del buon positivista giungeva al momento opportuno. Il divario tra la dottrina inglese e quella continentale si era progressivamente accentuato, al punto da far apparire i gloriosi manuali britannici altrettanti velieri in disarmo a confronto dell'implacabile logica sfoggiata dal positivismo corazzato tedesco.

Il contributo di Oppenheim consiste essenzialmente in un aggiornamento dello stile intellettuale, rinnovato alla luce della migliore letteratura germanica. Più rigore, più logica e l'importazione di alcuni prodotti concettuali europei, come appunto il modello dualista. È infatti proprio sulla questione dell'« incorporazione » che Oppenheim e i suoi allievi si sforzano di realizzare un'osmosi con la dottrina dualista tedesca, sostenendo che il diritto internazionale e quello interno « are in fact two totally and essentially different bodies of law which have nothing in common, except that they are both branches — but separate branches — of the tree of law »<sup>(212)</sup>.

La discussione era aperta ufficialmente, e durerà nella dottrina anglosassone nei decenni successivi con la partecipazione di studiosi di spicco della dottrina anglosassone: Quincy Wright, Edwin Dickinson ed altri ancora<sup>(213)</sup>.

---

<sup>(211)</sup> *Ibidem*, p. 337. Ed aggiunge, onde sgombrare il campo da ogni possibile malinteso: « It must, however, be specially emphasised that for the existence of a rule, and in especial for the recognition of a growing rule of international law, it is ultimately not the attitude of municipal courts, but that of the states themselves and their governments, which is decisive » (*Ibidem*, p. 340).

<sup>(212)</sup> L. OPPENHEIM, *Introduction to C.M. PICCIOTTO, The Relation of International Law to the Law of England and of the United States of America*, London, 1915, p. 10.

<sup>(213)</sup> Quincy Wright refuta la tesi di Oppenheim, sostenendo che i tribunali interni concorrono all'attuazione delle norme internazionali che contengono prescrizioni « for persons and officers ». Le norme internazionali non perdono il loro carattere per via di

E tuttavia essa non prenderà la direzione auspicata da Oppenheim. Questo dell'« incorporazione » è un esempio illuminante di quanto sia difficile sradicare un paradigma dalla cultura giuridica che lo ha prodotto e coltivato per trapiantarvi un seme estraneo. Per ironia della sorte toccherà ad un altro immigrato d'eccezione di lingua tedesca nell'accademia inglese il compito di rimettere in onore Blackstone contro i suoi detrattori positivisti. Sua è la *vindictio* della formula tralatizia contro il positivismo continentale: « There was an air of artificiality about the attempt to fit a broad legal principle into the Procustes-bed of a narrow theory », dirà negli anni Trenta Hersch Lauterpacht <sup>(214)</sup>. In un frangente che vedeva stagliarsi ombre minacciose sulle sorti della comunità internazionale, la dottrina monista di cui Lauterpacht era fautore, si appellava ad un principio che rafforzava la dignità del diritto internazionale. « In period of crisis in the international sphere », conclude Lauterpacht, « whenever there reveal themselves tendencies to substitute for the authority of the Law of Nations an uneasy and precarious balance of physical forces, the task of municipal tribunals in administering and upholding at least some portions of international law, forming part of the municipal system and rendered real by the sanction of the State behind it, acquires special significance » <sup>(215)</sup>.

---

questa attuazione. Dickinson osserva che le giurisdizioni americane « traitent, en fait, le droit international comme un source plutôt que comme une partie de la loi nationale ». Entrambi prendono le distanze dal radicalismo positivista di Oppenheim, riconoscendo all'innocuo principio dell'« incorporazione » il merito di lasciare al giudice una latitudine creativa nell'interpretazione del diritto internazionale (P.Q. WRIGHT, *The Enforcement of International Law through Municipal Law in the United States*, Urbana, 1916, p. 219; E.D. DICKINSON, *L'interprétation et l'application du droit international dans les pays anglo-américains*, in R.C., 1932, t. 40, p. 347). Per un'interessante disamina della questione — che all'epoca appassionava anche gli studiosi continentali in ragione dei suoi riflessi sulla costruzione monista o dualista del diritto internazionale — si veda C. GRASSETTI, *Diritto interno e diritto internazionale nell'ordinamento giuridico anglo-americano*, Pavia, 1934.

<sup>(214)</sup> H. LAUTERPACHT, *Is International Law Part of the Law of England?* (1939), in *International Law, being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht* by E. LAUTERPACHT, cit., v. II, Part. I, p. 556.

<sup>(215)</sup> *Ibidem*, p. 568.

### 3. *La dogmatica militante*

#### 3.1. *Un diritto per il liberalismo, o la profezia di Bentham e Kant*

Nel 1795 Kant pubblica un'opera il cui titolo sembrava destinarla al genere letterario delle utopie o delle profezie: « Per la pace perpetua ». E in effetti tale impressione si rafforza man mano che si scorrono gli articoli iniziali di questo progetto: il bando della *clausula rebus sic stantibus*, il divieto di acquisizioni territoriali dinastiche, l'abolizione degli eserciti permanenti, la proscrizione degli interventi, la condanna delle guerre punitive. Nonché, sul versante delle proposte costruttive, l'obbligo della costituzione repubblicana e il disegno di un federalismo di liberi Stati che, tenendo ferma la loro individualità, ne assicurasse la coesistenza pacifica grazie al diritto internazionale.

Ad un esame più ravvicinato, però, questa visione appare molto meno immaginaria che di primo acchito. Innanzitutto colpisce che Kant abbia risolutamente lasciato alle spalle l'eredità wolfiana. Egli non vagheggia alcuna *civitas maxima*, ma immagina una realistica società di Stati sovrani e indipendenti legati fra loro da un patto volontario. Anzi, si premura di precisare che « l'idea di diritto internazionale presuppone la separazione di molti Stati vicini e indipendenti fra loro »<sup>(216)</sup>. In secondo luogo, Kant affida la realizzazione del suo piano ad un forza storica concreta che definisce come « lo *spirito commerciale* »<sup>(217)</sup>. « Poiché di tutte le forze subordinate (come mezzi) al potere dello Stato », spiega, « la *forza del denaro* sembra la più sicura, avviene che gli Stati si vedono costretti (non certo da motivi morali) a promuovere la nobile pace e, ovunque la guerra minacci di scoppiare nel mondo, a impedirla mediante compromessi, come se gli Stati fossero a tale scopo uniti in alleanze permanenti »<sup>(218)</sup>. In questo modo, aggiungeva, « è la natura stessa, con il meccanismo delle tendenze umane, a garantire

<sup>(216)</sup> I. KANT, *Per la pace perpetua*, trad. it., Roma, 1985, p. 25.

<sup>(217)</sup> Sulla diffusione di questo argomento nel liberalismo repubblicano settecentesco, vedi N.G. ONUF, *The Republican Legacy in International Thought*, Cambridge, 1998, pp. 241-242.

<sup>(218)</sup> *Per la pace perpetua*, p. 26.

la pace perpetua, con una sicurezza che certo non è sufficiente a farne *presagire* (teoricamente) l'avvento, ma che però basta al fine pratico e fa diventare un dovere l'adoperarsi a questo scopo (che non è semplicemente chimerico) » (219). Il filosofo è quindi sceso sulla terra ed ha indicato un programma di azione di lungo periodo che non può essere pregiudizialmente liquidato come « chimerico ». Il suo cosmopolitismo si aggancia a un processo storico e sociologico molto concreto e possente.

La profezia kantiana non era una stravaganza estemporanea; al contrario le sue idee erano, per così dire, « nell'aria ». A dimostrarlo, sta il progetto molto simile elaborato qualche anno prima (1789) da Jeremy Bentham. In un *Plan for an Universal and Perpetual Peace* (220), il filosofo inglese propone fra gli altri punti: *a*) una corte internazionale per appianare le controversie tra gli Stati; *b*) il disarmo progressivo, terrestre e navale; *c*) la fine dell'imperialismo coloniale; *d*) il libero-scambismo internazionale; *e*) la pubblicità della diplomazia; *f*) la costituzione di un congresso formato dai deputati dei singoli Stati.

Tutte intuizioni brillanti e avveniristiche queste di Bentham, con una speciale menzione per la corte internazionale di giustizia e il congresso. Lo scopo della prima delle due istituzioni sarebbe stato per il filosofo di sdrammatizzare i conflitti tra gli Stati. Anche se priva di poteri coercitivi, la corte stemperava il risentimento e la diffidenza dettati dalla protezione dell'onore e dalle suscettibilità nazionali: con l'imparzialità del suo giudizio propiziava l'accordo. Il congresso sarebbe invece chiamato a operare da cassa di risonanza per i negoziati tra gli Stati, all'opinione pubblica internazionale spettando il verdetto sulla bontà delle posizioni assunte. Con il tempo, il congresso avrebbe dovuto assumere anche la funzione di intervenire per prestare la forza esecutiva alle decisioni della corte: « There might, perhaps, be no harm in regulating, as a last resource, the contingent to be furnished by the several states for enforcing the decrees of the court » (221).

---

(219) *Ibidem*, p. 26.

(220) *The Works of Jeremy Bentham*, ed. J. BOWRING, London, 1843, t. II, p. 546 e sgg. Questo piano per la pace è rimasto manoscritto fino alla pubblicazione postuma delle opere di Bentham da parte di Bowring.

(221) *Ibidem*, p. 554.

La profezia kantiana e l'esortazione benthamita alla codificazione internazionale, tornano d'attualità all'indomani della guerra franco-prussiana con il sorgere della stella dell'«internazionalismo»<sup>(222)</sup>.

L'anno della svolta è il 1870. La guerra franco-prussiana avrebbe dovuto chiudere una volta per tutte l'era dei conflitti armati. Ora che il mondo aveva scoperto quanto massiccia, costosa e distruttiva era la mobilitazione delle risorse belliche degli Stati nazionali, occorre che la civiltà europea si lasciasse alle spalle la scommessa sulla forza delle armi. Altre poste, ben più consistenti, dovevano rimpiazzarla.

Il belga Émile de Laveleye riassume in una sorta di manifesto il credo liberal-pacifista due anni dopo la fine delle ostilità, nel 1873. Le ragioni della produzione, della divisione del lavoro, dello scambio fanno bella mostra contro quelle della lotta. Questo il suo assioma: «l'univers entier devient un immense atelier où, par suite de la division naturelle du travail, chaque peuple s'applique à faire ce à quoi ses aptitudes ou les ressources de son territoire le prédisposent»<sup>(223)</sup>. Ora che «l'échange international amène la dépendance internationale, d'où résulte la solidarité universelle» rinchiudersi nella logica dello Stato sovrano equivarrebbe a condannarsi all'isolamento e alla stagnazione, senza dimenticare i costi immensi dei conflitti armati.

Quale il progetto? Laveleye lo indica in nove punti: 1° la diminuzione dei diritti d'importazione, 2° la riduzione delle tariffe di trasporto e di comunicazione postale, 3° l'adozione di un sistema monetario, di pesi e misure e leggi commerciali il più possibile uniformi, 4° la concessione agli stranieri degli stessi diritti civili dei nazionali in modo «qu'un sentiment de fraternité cosmopolite remplace peu à peu celui de nationalité exclusive», 5° l'insegnamento delle lingue straniere e della geografia, 6° la propagazione del pacifismo, 7° il consolidamento della rappresentanza politica a spese del potere esecutivo,

---

<sup>(222)</sup> Dal titolo dell'omonimo libro pubblicato dal senatore spagnolo Arturo de Marcoartu (S.E. COOPER, *Patriotic pacifism. Waging War to War in Europe (1815-1914)*, New York-Oxford, 1991, pp. 48-49 e pp. 91-115).

<sup>(223)</sup> E. de LAVELEYE, *Des causes actuelles de la guerre en Europe et de l'arbitrage*, Bruxelles-Paris, 1873, p. 155.

8° l'internazionalizzazione del capitale, 9° la mobilitazione del clero contro la guerra <sup>(224)</sup>.

Ognuna di queste proposizioni sarebbe stata sottoscritta senza difficoltà da qualunque sincero liberale in ogni paese occidentale. Ma il pezzo forte, di sicuro quello più originale, era l'auspicio di un codice di leggi internazionali e di un sistema di arbitrato permanente, coronato dall'istituzione di un'alta corte internazionale <sup>(225)</sup>. Il diritto internazionale doveva essere l'architrave della pace tra gli Stati, il garante della sua longevità.

Da Roma un italiano celebre, Pasquale Stanislao Mancini, canta la stessa melodia: « La legge, il giudice, la sanzione » <sup>(226)</sup>. Questo paladino della prima ora del diritto internazionale indica all'Europa la trinità laica da onorare. Ad essa affida la missione di realizzare il programma giuridico del liberalismo, e non solo di quello. A sua volta, il filosofo giusnaturalista Adolf Trendelenburg ripropone il progetto kantiano auspicando il progresso dell'arbitrato e dell'organizzazione internazionale <sup>(227)</sup>.

La scienza del diritto viene chiamata da tre influenti Internazionali — quelle socialista, liberale e pacifista — ad assumersi le proprie responsabilità.

L'Unione Interparlamentare <sup>(228)</sup> e l'*Universal Peace Congress* divengono le *lobbies* del diritto internazionale, visto come strumento prezioso e naturale per realizzare gli ideali dell'internazionalismo liberale: *la paix par le droit*. Laddove le prime due svolgono propaganda e proselitismo, l'*Institut de droit International* e l'*Association for international Law* mettono a punto gli istituti giuridici che servono la causa della pace: l'arbitrato, il diritto internazionale privato, la cooperazione, innanzitutto.

<sup>(224)</sup> *Ibidem*, pp. 159-160.

<sup>(225)</sup> *Ibidem*, p. 161.

<sup>(226)</sup> P.S. MANCINI, *Della vocazione del nostro secolo per la riforma e la codificazione del diritto delle genti e per l'ordinamento di una giustizia internazionale*, Roma, 1874, p. 40.

<sup>(227)</sup> A. TRENDELENBURG, *Lücken im Völkerrecht*, Leipzig, 1870.

<sup>(228)</sup> L'art. 1 dello Statuto dell'associazione assegna come scopo ai suoi aderenti quello « de faire reconnaître dans leurs États respectifs, soit par la voie de législation, soit au moyen de traités internationaux, le principe que les différends entre nations seront soumis à l'arbitrage » (*Union interparlementaire pour l'arbitrage international, XIII Conférence tenue à Bruxelles du 28 au 31 août 1905, Bruxelles, 1905, p. 177*).



Il movimento si nutre di un'ispirazione abbastanza viva da resistere persino alla marea montante del nazional-darwinismo e del neo-mercantilismo di fine secolo, quando le azioni del liberalismo cominciano a declinare a beneficio di un nazionalismo dai toni intransigenti.

« In no department of human activity is internationalization so complete as in finance », scriveva nel 1909 Norman Angell nel fortunatissimo *The Great Illusion*, manifesto pacifista di un'intera generazione <sup>(229)</sup>. Proprio come aveva preconizzato Kant, il mondo era attraversato dai mille fili del capitale e del commercio che non conoscevano frontiere e non si avvantaggiavano dalle guerre <sup>(230)</sup>. Giungere a una organizzazione della società « on other than territorial and national divisions »: ecco la strategia <sup>(231)</sup>.

Dall'altro capo dell'atlantico Nicolas Murray Butler <sup>(232)</sup> invoca a sua volta « the establishment of an independent international court of justice to hear and to decide causes between nations » <sup>(233)</sup>. In casi che sono « justiciable in character » il ricorso al giudice deve essere automatico; dal tribunale arbitrale si deve passare a una vera e propria corte, sul modello giudiziario americano, che dichiara il diritto internazionale. All'opinione pubblica internazionale, la grande forza del XX secolo, è affidata la missione di vincere la resistenza dei governi.

Sono idee che non si arrestano di fronte ai confini nazionali. Lo svizzero Max Huber <sup>(234)</sup> individua nello Stato di diritto la grande

<sup>(229)</sup> N. ANGELL, *The Great Illusion. A Study of the relation of Military Power to National Advantage* (1909), London, 1914, p. 309.

<sup>(230)</sup> « The capitalist has no country, and he knows, if he be of the modern type, that arms and conquests and jugglery with frontiers serve no ends of his, and may very well defeat them » (*Ibidem*, p. 309).

<sup>(231)</sup> *Ibidem*, p. 314.

<sup>(232)</sup> Presidente della Columbia University, Nicolas Murray Butler è, insieme a Eilhu Root, uno dei più ferventi apostoli dell'arbitrato obbligatorio in funzione della preservazione della pace (S.R. HERMAN, *Eleven Against War. Studies in American Internationalist Thought, 1898-1921*, Stanford, 1969, p. 26 e sgg).

<sup>(233)</sup> N. MURRAY BUTLER, *The International Mind*, New York, 1912, p. IX.

<sup>(234)</sup> Max Huber (1874-1960), insegna il diritto internazionale a Zurigo. Prende parte alla Seconda Conferenza dell'Aja nella delegazione svizzera, assurgendo alla notorietà nel primo dopoguerra con l'elezione alla Corte permanente di giustizia di cui è il presidente tra il 1925 e il 1929. È lungamente a capo della Croce rossa internazionale (fino al 1944).

forza propulsiva del pacifismo: ora che la sovranità interna ha piegato il capo di fronte al diritto, anche le relazioni tra gli Stati s'incamminano lentamente verso la meta di una *Rule of Law* tra i popoli (235).

### 3.2. *Luci e ombre dell'arbitrato*

Quando il mattino del 29 luglio 1862 il vapore *Alabama* prendeva il largo dall'estuario del Mersey, il capitano Raphael Semmes non immaginava di certo che il suo vascello sarebbe stato immortalato nei manuali di diritto internazionale di tutto il mondo. In due anni di attività, questo corsaro della marina confederata affondò 48 navi nordiste e con le sue gesta indusse gli armatori a passare in proprietà dei neutrali ben 750 unità. La sinistra fama che gli valse la sua efficienza, arrecò un danno enorme al commercio dell'Unione che nel 1863 era ormai affidato per tre quarti a stive straniere.

Tuttavia non a questo impressionante bilancio militare dell'ultimo grande corsaro nella storia della marineria si deve la sua popolarità tra i cultori di diritto internazionale. Quando il 19 giugno del 1864 i cannoni dell'*U.S.S. Kearsarge* pongono fine alla sua epopea al largo di Cherbourg, il capitolo dell'*Alabama* non si chiude: al contrario è proprio allora che si apre per i giuristi. Il fatto è che il danno subito dall'Unione verrà imputato alla negligenza del governo britannico che aveva lasciato partire il vascello, malgrado gli avvertimenti reiterati della sua ovvia destinazione alla guerra di corsa. E questo contenzioso sfocerà in un regolamento arbitrale destinato a fare storia, la decisione del tribunale arbitrale di Ginevra

---

(235) «Der Rechtsstaat aber, welcher alle Träger der Staatsgewalt, selbst die konstituierenden, als wenigstens in formaler Beziehung rechtlich gebunden erscheinen läßt, und in dem der Staat bzw. dessen Organe nicht über, sondern im Recht stehen, begünstigt Tendenzen, welche auch den Staat als Einheit in Beziehung zu andern Staaten gänzlich dem Recht unterwerfen wollen. Diejenigen Klassen, denen der Rechtsstaat ökonomischen und politischen Aufschwung gebracht hat, sehen in der rechtlichen Ordnung der zwischenstaatlichen Verhältnisse «the Rule of Law», ein allgemeines zivilisatorisches Prinzip» (M. HUBER, *Beiträge zur Kenntnis der soziologischen Grundlagen des Völkerrechts und der Staatengesellschaft*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Band IV, 1910, pp. 129-130).

del 1872, a seguito della quale il fero Gladstone pagherà a nome del governo di Sua Maestà 15.500.000 sterline agli americani.

La commissione di cinque arbitri <sup>(236)</sup> aveva accettato la tesi americana per i danni diretti, non per quelli indiretti, che non vengono ammessi anche in ragione della viva opposizione inglese. Il valore tecnico-giuridico della decisione era in parte discutibile poiché il tribunale si era guardato dal pronunciarsi su questioni sensibili come quella se fosse giudice della propria competenza. Invece di chiarire il nodo procedurale e interpretativo che era stato sollevato dalla Gran Bretagna, la quale contestava appunto la competenza sui danni indiretti chiedendo un aggiornamento, esso aveva deciso sul merito <sup>(237)</sup>. Va detto però che la lodevole preoccupazione di scongiurare un rottura tra le parti nel clima surriscaldato dell'opinione pubblica di ambedue i paesi, riscatta il tribunale da questo cedimento.

Ma perché tanto clamore per l'*Alabama*? La spiegazione è nello scenario che fa da sfondo al contenzioso. Dopo tanto sembrava che l'arbitrato tornasse a figurare al centro dell'attenzione delle cancellerie occidentali, ponendo fine a una lunga marginalità.

In effetti, il secolo dell'Illuminismo non era stato molto favorevole all'arbitrato, con una sola cospicua eccezione: il *Jay Treaty*. Nel 1795 Stati Uniti e Gran Bretagna avevano stipulato un trattato di amicizia, commercio e navigazione nel quale si prevedeva la costituzione di commissioni arbitrali per la soluzione di controversie su questioni di confine — la determinazione sul fiume Sainte-Croix — o circa reclami di individui attinenti a obbligazioni pecuniarie e prede belliche <sup>(238)</sup>. Contrariamente alla tesi tralatizia che accredita questo evento come l'inizio di una nuova epoca, è stato persuasiva-

---

<sup>(236)</sup> Nominati rispettivamente dal Re d'Italia, dal Presidente della Confederazione elvetica, dall'Imperatore brasiliano, nonché uno da ogni contendente. A presiederla è l'italiano conte Federico Sclopis. Gli altri membri sono: Charles Francis Adams (USA), sir Alexander Cockburn (GB), Jakob Stämpfli (Svizzera), Marcos Antonio d'Araujo, visconte d'Itajuba (Brasile). Tra i consulenti giuridici delle parti, Montague Bernard (GB), T.D. Woolsey (USA), W.B. Lawrence (USA).

<sup>(237)</sup> E. REALE, *Le règlement judiciaire du conflit de l'Alabama*, Lausanne, 1929, pp. 84-86.

<sup>(238)</sup> *Treaty of Amity, Commerce and Navigation between his Britannic Majesty and the United States of America*, artt. V, VI, VII, in De MARTENS, *Recueil des traités*, t. V, pp. 651-659.

mente dimostrato che il *Jay Treaty*, più che innovare, rimetteva in onore un'augusta tradizione rimasta quiescente nei sessanta anni precedenti, complici il fragore delle armi e i minuetti diplomatici di cancellerie poco inclini ai formalismi dell'arbitrato<sup>(239)</sup>. Sta di fatto che nel mezzo secolo successivo al Congresso di Vienna l'arbitrato conquista timidamente uno spazio barcamenandosi tra gli oracoli sibillini dei sovrani, chiamati a svolgere occasionalmente la funzione di pacieri, e la partigianeria delle commissioni miste, dove ad affrontarsi sono pugnaci avvocati più che giuristi avvezzi alla terzietà del giudice. In queste condizioni, è stato affermato con autorevolezza che « l'arbitrage n'exerce encore, sur la formation du droit, qu'un faible pouvoir. Il cherche sa forme et poursuit sa manière »<sup>(240)</sup>. Uno sguardo alle scarse pagine che i manuali consacrano all'arbitrato conferma l'impressione che l'istituto, pur progredendo, era lungi dall'attirare l'attenzione della scienza e, tantomeno, dall'accendere di entusiasmo l'opinione pubblica.

Ecco quindi il senso della svolta del 1870. Con la decisione del tribunale di Ginevra il dado era tratto. Per la prima volta un incidente diplomatico di tanta portata — si era persino sfiorato il rischio di guerra — veniva chiuso con un assegno. La finanza internazionale esultava per un successo che era anche il suo; l'opinione pubblica plaudiva al sopravvento della pace sulla guerra<sup>(241)</sup>; la scienza giuridica riportava una vittoria di corpo in quanto la soluzione del caso

---

<sup>(239)</sup> La preferenza per la diplomazia e la mediazione tra il 1730 e il 1790 ha eclissato la solida tradizione di origine romano-canonistica che, dopo il 1648, aveva conseguito un notevole grado di sedimentazione. Non vi sarebbero elementi per ritenere invece che l'avvento di una concezione « assolutista » della sovranità abbia indotto questo temporaneo declino dell'arbitrato prima del 1794. Se appannamento vi è stato, ciò è avvenuto più per le circostanze del quadro internazionale che per un'improbabile svolta dottrinale. La continuità e non la rottura sembra quindi la chiave di lettura suggerita dall'analisi ravvicinata delle fonti (K.H. LINGENS, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Jus Publicum Europaeum (1648-1794)*, Berlin, 1988, pp. 153-154 e 158).

<sup>(240)</sup> A. de La PRADELLE, N. POLITIS, *Recueil des Arbitrages Internationaux*, Paris, 1903, t. I, 1798-1855, p. XLIV.

<sup>(241)</sup> Ad esercitare una pressione notevole per il favorevole esito del negoziato erano stati i finanziari dei due paesi, mossi dalle conseguenze paventate sui massicci investimenti britannici in America, di cui vi era una crescente necessità dopo la guerra di secessione (A. COOK, *The Alabama Claims*, Ithaca and London, 1975, p. 241).

era stata propiziata da un suo esponente di punta come Bluntschli<sup>(242)</sup>. Il segnale era dato perché la parola « arbitrato » nel mezzo secolo successivo ricorresse nei convegni di giuristi, parlamentari, pacifisti, uomini d'affari, diplomatici con una frequenza senza precedenti. E soprattutto con un successo senza alterazioni mostrato dalle cifre: 70 arbitrati tra il 1794 e il 1850, 100 tra il 1851 e il 1875, quasi il doppio, 199, nel ventennio successivo tra il 1876 e il 1900, per assestarsi infine su 149 tra il 1901 e il 1914<sup>(243)</sup>.

Questo entusiasmo per l'arbitrato non appariva comunque esente da ambiguità che si annidavano, guarda caso, nella sua stessa identità. L'interrogativo essenziale che assilla i giuristi può riassumersi così: l'arbitrato è una pura e semplice composizione diplomatica rivestita di una patina giuridica o un vero e proprio giudizio con applicazione di diritto obbiettivo?

Nel primo caso le parti apparivano allo stesso tempo come legislatori e giudici: gli uni, perché non sarebbero stati vincolati da alcuna norma preesistente; gli altri, perché, in quanto sovrani, potevano indirizzare l'attività degli arbitri. Nella seconda ipotesi, l'arbitrato sanciva applicazione di un diritto obbiettivo preesistente di cui le parti potevano al massimo ribadire e riformulare le massime

---

(242) Era stato Lieber a pregare l'amico Bluntschli di occuparsi della questione dell'Alabama: « Es wäre in diesem Moment von grosser Wichtigkeit, wenn ein deutscher Jurist von hohem Rang einen gründlichen Artikel über die Alabamafrage und über Sumners Vortrag schreiben würde, und niemand könnte es besser als Sie; denn alle wissen, dass Sie ein Tiefer Denker über das Völkerrecht sind ». Nella sua *Opinion impartiale sur la question de l'Alabama*, pubblicata nel n. del 1870 della *Revue de droit international et de législation comparée*, Bluntschli aveva tracciato la strada agli arbitri, prefigurando la soluzione poi adottata. Accolto con grande favore dall'ambasciatore americano a Berlino George Bancroft — amico ed estimatore del giurista svizzero — e dal segretario di Stato Hamilton Fish, il saggio di Bluntschli viene tradotto in inglese dal Dipartimento di Stato. La sua influenza trapela chiaramente dal trattato di Washington che prepara il terreno alla decisione arbitrale (attingo queste notizie dal prezioso saggio del pastore Felix Lehner, redatto sulla base di documenti di archivio inediti, dal titolo *J.C. Bluntschli's Beitrag zur Lösung der Alabamafrage*, Zürich, 1957, p. 46). L'influenza di Bluntschli sul favorevole esito della controversia è stata definita « determinante » (D. SCHINDLER, *Jean-Gaspard Bluntschli*, in AA.VV., *Institut de droit International, Livre du Centenaire (1873-1973)*, Bâle, 1973, p. 59).

(243) Dati riportati da R. LANGHORNE, *Arbitration: the First Phase, 1870-1914*, in M. DOCKRILL, B. MCKERCHER, *Diplomacy and World Power. Studies in British Foreign Policy, 1890-1950*, Cambridge, 1996, p. 43.

per la controversia concreta. E ancora: l'arbitrato valeva solo per controversie aventi « natura giuridica » o poteva investire anche litigi propriamente « politici »?

I dubbi erano non solo legittimi, ma salutari. Essi rivelavano la piena assunzione da parte della scienza giuridica del dovere che le incombeva. Commentando la proposta di escludere arbitri appartenenti alle nazioni in litigio, Renault ammoniva: « J'estime que les gouvernements consentiront moins facilement à recourir à l'arbitrage dans certaines questions s'ils ne sont pas assurés que leurs vues seront présentées avec exactitude et autorité au tribunal qui doit statuer » (244). Occorre precisare che la sentenza è stata resa a maggioranza? Meglio di no: « Si on veut développer la pratique des arbitrages, il faut se garder de froisser les gouvernements qui veulent y avoir recours, il faut ménager leur amour-propre » (245). Il monito di questo autorevole giurista dalla consumata esperienza diplomatica era chiaro: « ingessare » l'arbitrato in una veste giuridica troppo stretta equivaleva a scoraggiarne l'uso da parte dei governi, compromettendo così lo sviluppo di un prezioso strumento di pacificazione.

D'altra parte però la grande causa per cui la dottrina si batteva — la crescita del diritto internazionale, la sua codificazione progressiva — non aveva molto da guadagnare dall'empiria incorreggibile di un arbitrato appiattito a pura mediazione. « C'est fausser cette notion et en compromettre l'application », avvertiva Rolin-Jaequemyns, « que d'admettre d'avance dans le compromis même, l'éventualité d'une solution dictée, non par le droit, mais par une appréciation arbitraire des convenances de chaque partie » (246). Occorreva piuttosto favorire la cristallizzazione di regole e principi, distinguendo le ipotesi in cui — come nelle commissioni miste paritetiche — fosse il caso di parlare di « mediazione » diplomatica da quelle in cui si era in presenza di un vero giudizio arbitrale (da cui

---

(244) L. RENAULT, *Un premier litige devant la Cour d'Arbitrage de La Haye* (1903), in *L'œuvre internationale de Louis Renault, 1843-1918*, Paris, 1933, p. 292.

(245) *Ibidem*, p. 307.

(246) G. ROLIN-JAEQUEMYS, *Cronique des arbitrages internationaux*, in R.D.I.L.C., 1891, p. 85.

forse era opportuno escludere i cittadini delle parti contendenti) <sup>(247)</sup>.

Consapevole di questo dilemma la scienza giuridica si mette all'opera.

La strada battuta è innanzitutto, come naturale, quella di disciplinare la caotica prassi, cercando di offrire ai potenziali fruitori dell'arbitrato un quadro di riferimento di regole chiare, facoltativo certo ma pur sempre autorevole. In tale ottica, l'*Institut* approva nel 1875 un dettagliato regolamento arbitrale nel quale figuravano, tra le altre disposizioni, la decisione a maggioranza e la motivazione del lodo.

In secondo luogo, gli sforzi si concentrano sulla promozione delle clausole compromissorie, di cui l'*Institut* (nel 1877) e l'*Association of International Law* a più riprese raccomandano l'inserzione nei trattati internazionali per le controversie sulla loro interpretazione.

Infine, viene lo scandaglio della casistica, osservata da vicino alla ricerca di regolarità, di consuetudini in via di formazione, o di comportamenti da scoraggiare.

Una casistica che — va subito detto — si prestava a letture ambivalenti.

L'ambizioso trattato Olney-Pauncefote del 12 gennaio 1897 tra USA e Gran Bretagna, che ampio spazio accordava all'arbitrato, non era stato ratificato dal Senato americano. Altro precedente di grande valore simbolico era il trattato generale di arbitrato italo-argentino del 23 luglio 1898. Esso stabiliva che « toutes les controverses de quelque nature qu'elles soient et pour quelque difficulté qui puisse surgir » (art. 1) fossero sottoposte ad arbitrato ed ingiungeva agli arbitri di pronunciare la loro decisione « selon les principes du droit international », salvo che fosse diversamente disposto (art. 8) <sup>(248)</sup>. Peccato che anche questo trattato non venisse ratificato. Euforia giustificata? Fino a un certo punto, quindi. Nel caso del conflitto con la Spagna sull'esplosione dell'U.S.S. *Maine* nel porto dell'Avana, gli americani avevano declinato l'offerta spagnola di arbitrato, colti-

---

<sup>(247)</sup> Cfr. A. MÉRIGNHAC, *Traité théorique et pratique de l'arbitrage international*, Paris, 1895, p. 3 e sgg.

<sup>(248)</sup> Riportato, con nota di commento, nella R.G.D.I.P., 1898, pp. 868-874.

vando mire su Cuba che non collimavano con una soluzione pacifica della controversia.

La morale rimaneva dunque la stessa di sempre: se indubbiamente la propensione all'arbitrato era aumentata, essa rimaneva bene al di qua degli interessi strategici dagli Stati e, in ogni caso, presupponeva l'intento di coltivare relazioni amichevoli tra le parti. L'accettazione di una procedura arbitrale era il segno della volontà di rafforzare le possibilità di successo di un'intesa diplomatica; non era la scelta del diritto *in alternativa* alla diplomazia <sup>(249)</sup>. La stessa dottrina, del resto, non aveva abbandonato ogni diffidenza nei confronti dei trattati generali di arbitrato che sembravano intaccare alla radice una potestà sovrana, come quella di scegliere, volta per volta, se sottoporsi all'arbitrato: « Les conventions d'arbitrage à raison d'une difficulté-née sont une manifestation du droit de souveraineté d'un État qui indique dans quelle mesure volontaire, consciente et éclairée, il recourt à ce procédé; la souscription d'un traité d'arbitrage général et permanent est l'abdication d'un droit auquel un gouvernement n'a pas la liberté de renoncer » <sup>(250)</sup>.

La Conferenza dell'Aja del 1899 fornisce l'occasione da tempo attesa e sollecitata per verificare in concreto su quali e quanti consensi potesse contare l'arbitrato.

La proposta russa prevedeva che fossero assoggettate ad arbitrato obbligatorio tutte le controversie comprese in una lista che andava dai casi di responsabilità per danni pecuniari all'interpretazione dei trattati su poste e telegrafi, ferrovie, materie di diritto internazionale privato e simili. Una proposta tanto ardita quanto prematura, di sapore più propagandistico che concreto. Sarebbe bastato molto meno per irrigidire l'opposizione degli scettici diplomatici spediti contro voglia alla conferenza della pace.

L'ostinata opposizione tedesca non era dettata solo dal pregiu-

---

<sup>(249)</sup> Ciò risulta in modo chiarissimo dalla linea di condotta del governo britannico nei confronti del contenzioso con gli Stati Uniti sul confine dell'Alaska chiuso nel 1903: « Britain's first concession was to treat the dispute as judicial rather than as diplomatic; her second to go on treating it as judicial long after this had become mere form » (A.E. CAMPBELL, *Great Britain and the United States, 1895-1903*, London, 1960, p. 123).

<sup>(250)</sup> M. FÉRAUD-GIRAUD, *Des traités d'arbitrage général et permanent*, in R.D.I.L.C., 1897, p. 360.



dizio ideologico contro ogni limitazione della sovranità, ma dava anche voce apertamente a perplessità e riserve diffuse in diversa misura tra le altre delegazioni. La sorte dell'arbitrato era praticamente già segnata quando a salvarla giunge l'iniziativa dello stesso professor Zorn, membro della compagine tedesca, di compiere un passo presso il cancelliere Bülow. Il suo coraggio viene premiato: dopo aver fatto del suo meglio per ammorbidire l'atteggiamento del governo, spalleggiato dal diplomatico americano White che aveva intercesso presso l'imperatore in persona, Zorn torna all'Aja con il via libera per un modesto riconoscimento dell'istituzione arbitrale <sup>(251)</sup>. Era meno di quanto i russi avessero proposto, ma più di quanto osassero sperare le folte schiere di pessimisti. Inutile perorare la causa dell'arbitrato obbligatorio; per essa occorre attendere una seconda *chance*. In ogni caso, la timida creazione di una lista permanente di arbitri — non altro celava il pomposo titolo di « Corte permanente di arbitrato » — era pur sempre un progresso nella giusta direzione. Quantomeno ora gli Stati disponevano di una rosa di nominativi e di una procedura che semplificava il ricorso all'arbitrato, incoraggiandolo.

Semmai era giunto il momento di chiedersi quale fosse la vera identità dell'arbitrato. La conferenza si trova costretta a confrontarsi con questo spinoso interrogativo. Di fronte ai due quesiti, se esigere o no la motivazione, e se ammettere o no la revisione, i rappresentanti si dividono. Martens esclude l'opportunità di entrambe le misure. La motivazione? Egli afferma « qu'il pourrait l'accepter comme jurisconsulte, mais qu'il la repousse comme homme pratique » <sup>(252)</sup>. La revisione? « Il serait absolument fâcheux et malheureux qu'une sentence arbitrale, prononcée dûment par un tribunal international, puisse être renversée » <sup>(253)</sup>. La conferenza decide

---

<sup>(251)</sup> J.B. SCOTT, *The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907*, Baltimore, 1909, t. I, pp. 74-75 e H. WEHBERG, *La contribution des conférences de la paix de La Haye au progrès du droit international*, in R.C., 1931, t. 37, pp. 559-560.

<sup>(252)</sup> *Conférence internationale de la paix, La Haye 18 mai-29 juillet 1899, cinquième séance, 17 juillet 1899*, La Haye, 1899, p. 31.

<sup>(253)</sup> *Ibidem*, p. 34. Dietro questa presa di posizione di Martens vi sarebbe la sua esperienza come arbitro nel delicatissimo contenzioso Anglo-Venezuelano che proprio in quei mesi giungeva al suo termine (cfr. P. REUTER, *La motivation et la révision des sentences arbitrales à la Conférence de la paix de la Haye (1899) et le conflit frontalier entre*

infine che la sentenza dovrà essere motivata e limitata al minimo indispensabile la possibilità di revisione. Altrimenti detto, l'arbitrato diviene qualcosa di più di una mera composizione di interessi politico-diplomatici, ma resta certo molto meno di una vera « giustizia » internazionale.

Un progresso ancor più modesto è quello compiuto con la regolamentazione della mediazione e della commissione d'inchiesta. Preservare la pace poteva richiedere, all'occorrenza, il ricorso ai buoni uffici e alla mediazione, due strumenti della diplomazia molto tradizionali e collaudati. La conferenza offriva l'occasione di ripensarli, ma questa opportunità non viene afferrata. La proposta di mediazione obbligatoria, importante valvola di sicurezza nei frangenti di tensione internazionale, finisce accantonata di fronte alla freddezza che l'aveva accolta <sup>(254)</sup>. Su questo fronte non viene realizzato alcun passo in avanti.

Analoga sorte tocca alla commissione internazionale d'inchiesta. La sua collocazione naturale avrebbe dovuto essere quella di mezzo d'investigazione strumentale all'arbitrato <sup>(255)</sup>. Senonché l'obbligatorietà della commissione d'inchiesta proprio non piaceva ai piccoli paesi balcanici, come la Romania e la Serbia, che vi scorgevano la minaccia di interferenza con i propri affari interni <sup>(256)</sup>.

Con questi limiti evidenti, l'opera della prima conferenza dell'Aja getta comunque dei semi fecondi. Negli anni seguenti un certo numero di controversie internazionali non secondarie viene decisa dagli arbitri della Corte: i casi del contenzioso tra Messico e Usa sui « fondi pii di California »; della controversia tra Germania, Italia e Gran Bretagna da una parte, Venezuela dall'altra, sui crediti dovuti da quello Stato ai loro cittadini; l'affare *Manouba* e *Carthage* tra Italia e Francia, per citare i più famosi. Quanto alla commissione

---

*le Royaume Uni et le Vénézuéla*, in *Mélanges offerts à Juraj Andrassy*, La Haye, 1968, pp. 237-247).

<sup>(254)</sup> WEHBERG, *op. cit.*, p. 574.

<sup>(255)</sup> N. POLITIS, *Les commissions internationale d'enquête*, in R.G.D.I.P., 1912, p. 188.

<sup>(256)</sup> *Conférence internationale de la paix, sixième séance, 19 juillet 1899*, cit., pp. 47 e 51. « It was generally believed that the opposition of the three smaller powers was secretly supported by one or more of the larger powers » (W.I. HULL, *The Two Hague Conferences and their Contributions to International Law*, Boston, 1908, p. 282).

internazionale d'inchiesta, la sua utilità si rivela in occasione di un incidente diplomatico occorso durante la guerra russo-giapponese, quando nell'ottobre 1904 la flotta russa, malamente battuta dai giapponesi, aveva affondato al largo del Dogger Bank nel mare del Nord un peschereccio inglese, uccidendo due marinai e ferendone altri. Poiché i russi giustificavano l'incidente come reazione a un presunto attacco di torpediniere giapponesi, circostanza negata dagli inglesi, la creazione di una commissione d'inchiesta per accertare i fatti indicava la via di uscita da una seria crisi internazionale. In seguito al rapporto, che dava ragione all'Inghilterra, la Russia pagava 65.000 sterline di danni.

Malgrado questi successi, i segnali che provenivano dalla prassi continuavano ad essere discordanti.

Nel 1903 (14 ottobre) <sup>(257)</sup> era stato ratificato un trattato-modello tra Gran Bretagna e Francia. Esso prevedeva che fossero sottoposte alla Corte permanente di arbitrato le controversie di natura legale o relative all'interpretazione dei trattati esistenti tra le parti che non fossero state risolte per via diplomatica, fatti salvi, naturalmente, gli interessi vitali, l'indipendenza e l'onore. Prima di deferire la controversia alla Corte, gli Stati avrebbero definito con un accordo l'esatta materia del contendere. Su questo modello vennero stipulati ben quaranta trattati prima della Grande Guerra il che, tuttavia, non era necessariamente un segno di buona salute per l'arbitrato <sup>(258)</sup>. Non può infatti sfuggire che, oltre alla scappatoia degli interessi vitali e alle riserve che costellavano regolarmente i testi dei trattati, gli Stati rimanevano padroni di decidere se la controversia rientrasse tra le « questioni giuridiche ». Con ciò prendeva forma la distinzione tra dispute arbitrabili e non-arbitrabili che già si era delineata in precedenza, seppure in modo meno netto (questa partizione ispirerà una corposa letteratura esegetica nel primo dopoguerra). Il dato che emergeva era dunque quello della debolezza strutturale dei c.d. trattati di arbitrato obbligatorio che sancivano, non un'obbligo di sottoporre incondizionatamente qual-

---

<sup>(257)</sup> C. PARRY, *The Consolidated Treaty Series*, V. 194, 1903-1904, New York, 1980, p. 195.

<sup>(258)</sup> H.M. CORY, *Compulsory Arbitration of International Disputes*, New York, 1932, p. 53.

siasi disputa agli arbitri, bensì un più modesto onere di negoziare su questa eventualità: dalla natura della controversia alla composizione del collegio, tutto era rimesso al buon volere delle parti.

Quindi, alla vigilia della seconda Conferenza dell'Aja, nel 1907, il trionfalismo non era all'ordine del giorno: « Attendons de l'arbitrage des jours meilleurs; mais n'attendons pas de lui une trompeuse sécurité », ammoniva un osservatore <sup>(259)</sup>.

Alla conferenza del 1907, la Germania dichiarava di accettare il principio dell'arbitrato obbligatorio, ma respingeva l'idea di concretizzare in un trattato generale tale principio e si opponeva a un'estensione della lista dei casi che andasse oltre materie del tutto secondarie <sup>(260)</sup>. Quattro in sintesi le obiezioni di Marschall von Bieberstein, delegato tedesco: interpretando trattati multilaterali, gli arbitri ne metterebbero in pericolo la stessa sopravvivenza; decisioni in contrasto con sentenze dei tribunali nazionali creerebbero un'*impasse* irrisolvibile; nello stesso modo, decisioni che richiedessero da parte degli Stati variazioni nella legislazione sarebbero percepite come un'intrusione da parte dei parlamenti. Le « difficoltà costituzionali » non erano forse regolarmente invocate per sbarazzarsi da vincoli arbitrari? Era pura ipocrisia parlare di arbitrato obbligatorio per poi lasciare gli Stati liberi di sottrarsi, dichiarando che erano in gioco « l'onore e gli interessi vitali »: « Ces deux articles », ironizza Marschall, « commencent avec les mots impératifs 'tu dois' pour finir avec les mots rassurants 'si tu veux' » <sup>(261)</sup>.

Sia detto per inciso che il riferimento alle « difficoltà costituzionali » degli Stati non era casuale. Il bersaglio erano gli Stati Uniti, i quali si fanno latori delle proposte più ardite di arbitrato subordinando tuttavia l'efficacia della stipulazione alla ratifica senatoriale. Non era stato dimenticato che nel 1897 proprio il Senato aveva respinto il trattato di arbitrato anglo-americano, insistendo che fosse necessario un voto separato ogniqualvolta s'intendesse ricorrere all'arbitrato. All'epoca la notizia era stata accolta con consternazione dal movimento pacifista

---

<sup>(259)</sup> Ch. GODEFROY, *Quarante ans de guerre et d'arbitrage*, in R.G.D.I.P., 1906, p. 581.

<sup>(260)</sup> SCOTT, *The Hague Peace Conference*, cit., p. 127.

<sup>(261)</sup> *Deuxième conférence internationale de la paix, La Haye 15 juin-18 octobre 1907, actes et documents*, t. II, *première commission*, La Haye, 1907, p. 51.

che aveva sempre guardato alle istituzioni americane come a un faro di progresso sulla via della *Rule of Law* internazionale<sup>(262)</sup>. La posizione nordamericana appariva velata da un'irritante ambiguità. Il movimento a favore dell'arbitrato contava numerosi e autorevoli sostenitori in America<sup>(263)</sup>. Senonché i delegati USA, che professavano un adesione incondizionata al principio dell'arbitrato, un attimo dopo la smentivano — Dottrina Monroe alla mano. Difendevano con accanimento gli interessi strategici del loro paese nell'emisfero occidentale, facendosi scudo della costituzione<sup>(264)</sup>. Gli europei si mostravano sempre meno condiscendenti verso quest'argomentazione<sup>(265)</sup>, e a ragion veduta, dato che il Senato USA, in contrasto con le stentoree dichiarazioni dei suoi diplomatici, non perderà occasione per ribadire la sua avversione ad « abdicazioni » di sovranità per via arbitrale anche dopo la fine della conferenza<sup>(266)</sup>.

In ogni modo, nell'immediato, la replica di Louis Renault rispondeva punto per punto alle obiezioni di Marschall. Le decisioni arbitrali avrebbero creato precedenti, appianando le divergenze così frequenti nei trattati multilaterali; rispetto ai tribunali nazionali, le sentenze arbitrali dovevano fungere solo da interpretazioni autentiche; il concorso dei parlamenti nazionali era una costante dell'attuazione del diritto internazionale e non un accidente dell'arbitrato; infine, la clausola dell'« onore e degli interessi vitali » dava spazio all'arbitrato nelle questioni minori, salvaguardando l'autonomia degli Stati<sup>(267)</sup>.

---

<sup>(262)</sup> COOPER, *op. cit.*, p. 96.

<sup>(263)</sup> C. DeARMOND DAVIS, *The United States and the First Hague Peace Conference*, Ithaca, 1962, pp. 16-25 e D.S. PATTERSON, *Toward a Warless World. The Travail of the American Peace Movement (1887-1914)*, Bloomington, 1976, p. 160.

<sup>(264)</sup> Come quando il delegato Holls, alla conferenza del 1899, aveva preteso che fossero espunti dall'ipotesi di arbitrato obbligatorio le controversie sui fiumi internazionali, canali interoceanici e sistemi monetari in quanto il Senato non avrebbe mai ratificato un trattato che prevedesse l'intervento su simili questioni « americane » di arbitri « non-americani » (HULL, *op. cit.*, p. 329).

<sup>(265)</sup> C. DeARMOND DAVIS, *The United States and the Second Hague Peace Conference. American Diplomacy and International Organization 1899-1914*, Durham, 1975, p. 279.

<sup>(266)</sup> Cfr. W.F. KUEHL, *Seeking World Order. The United States and International Organization*, Nashville 1969, pp. 142-143.

<sup>(267)</sup> *Deuxième conférence*, cit., pp. 66-70.

Impossibile convincere la Germania. La mediazione dell'Austria e ancor più dell'Italia, si rivelano inutili. La votazione si conclude con una maggioranza di 32 contro 9, tra cui Germania e Austria, e tre astenuti — Italia, Lussemburgo e Giappone. Di tutto il dibattito rimane solo un voto proposto dal delegato italiano, Tornielli, ed accettato dalla conferenza, per l'ammissione del principio dell'arbitrato obbligatorio. Unico successo significativo per la diplomazia degli Stati sudamericani, cui la questione premeva molto, era la previsione dell'arbitrato obbligatorio per le controversie concernenti il recupero di debiti. Nel 1902 il blocco delle coste venezuelane da parte di una forza multinazionale, inglese, tedesca e italiana, aveva creato apprensione tanto negli Stati sudamericani quanto negli Stati Uniti, erettisi a guardiani delle ingerenze vere o presunte degli Europei. Ma era all'incirca tutto ciò che si era potuto ottenere.

Fallito il tentativo di imprimere una svolta all'arbitrato obbligatorio, rimaneva ancora un'altra carta da giocare: quella dell'istituzione di un tribunale permanente composto da giudici nominati a tempo, alveo istituzionale per la crescita di quell'autentica giurisprudenza internazionale da tempo reclamata.

L'idea di fondo era che gli Stati si vincolassero preventivamente a deferire alla Corte i contenziosi sorti tra di essi sulla base di trattati generali di arbitrato o accordi speciali <sup>(268)</sup>. Mentre l'istituenda Corte di giustizia arbitrale avrebbe per lo più trattato le controversie di natura giuridica, la Corte di arbitrato istituita nel 1899 doveva rimanere a disposizione per le controversie a carattere squisitamente politico, in quanto mai, ricorrendo tale eventualità, gli Stati avrebbero abdicato alla libertà di scegliere i giudici.

Un precedente era la *Central American Court*, creata nel 1907 tra Costa Rica, Honduras, Nicaragua, Salvador e Guatemala con il generoso contributo di Andrew Carnegie. Sulla carta, la nuova istituzione presentava cospicue novità e giustificava grandi speranze. Essa era composta da cinque giudici nominati dagli Stati membri; determinava la sua giurisdizione; adottava le decisioni a maggioranza. Le parti contraenti si impegnavano a sottoporre ogni disputa

---

<sup>(268)</sup> « La Cour de justice arbitrale est compétente pour tous les cas qui sont portés devant elle, en vertu d'une stipulation générale d'arbitrage ou d'un accord spécial » (art. 17 del progetto).

insorta fra loro che non avesse trovato soluzione diplomatica; inoltre, la Corte si pronunciava anche su controversie tra i cittadini membri di uno Stato e il governo di un altro Stato; infine, poteva essere investita delle controversie tra uno Stato-contraente e una potenza terza — con l'accordo di quest'ultima, beninteso. La svolta sembrava di prima grandezza: per la prima volta si era in presenza di un autentico arbitrato obbligatorio; bastava che una parte si appellasse alla Corte perché questa rendesse la sua decisione, anche nel caso in cui il convenuto non si costituisse.

I fatti non giustificarono le speranze che vi erano state riposte. Anche se la Corte decise otto casi, essa non si distinse per imparzialità e indipendenza. I giudici votavano secondo le indicazioni dei governi, i quali controllavano la Corte al punto da arrivare a sostituirla un membro per pure ragioni politiche <sup>(269)</sup>. Alla prima occasione di una seria controversia che coinvolgeva interessi nord-americani, avvenne dunque l'inevitabile: il collasso della Corte. Una decisione sul trattato Bryan-Chamorro tra Usa e Nicaragua nel 1916 che dava ragione al ricorrente Costa Rica <sup>(270)</sup> contro gli interessi di Washington segna il destino dell'istituzione che chiude i battenti nel 1918 <sup>(271)</sup>.

Pur in presenza di questo precedente, si capisce che all'Aja non mancassero argomenti a chi dubitava della praticabilità di siffatta istituzione. A decretarne lo scacco non sono comunque le perplessità sulla sua funzionalità e competenza, bensì un'inattesa opposizione da parte delle medie e piccole potenze che, in nome del principio di uguaglianza, rivendicano pari rappresentanza nella composizione della Corte <sup>(272)</sup>.

Cosa restava quindi? La traccia del dibattito e un legato prezioso.

<sup>(269)</sup> J.L. MECHAM, *The United States and Inter-American Security, 1889-1960*, Austin, 1961, p. 70.

<sup>(270)</sup> La questione riguardava le concessioni nicaraguensi a favore degli USA sul fiume San Juan in violazione di un precedente trattato del 1858 con il Costa Rica.

<sup>(271)</sup> W. LAFFEBER, *The American Search for Opportunity, 1865-1913*, in *The Cambridge History of American Foreign Relations*, Cambridge, 1993, p. 219.

<sup>(272)</sup> Come dichiara il delegato brasiliano Ruy Barbosa: « All the difficulties with which this project is beset come from our losing sight of this fundamental fact: the equality between sovereign States » (J.B. SCOTT, *The Proceedings of the Hague Peace Conferences, The Conference of 1907*, New York, 1921, v. II, p. 648).

Lo sforzo della dottrina prosegue nel senso di una distinzione tra arbitrato e giustizia internazionale. « In national as well as in international life, there are intermediate stages between free arbitration tribunals, whose authority is conferred merely by the act of the parties, and those judicial courts of an organized community which, in accordance with the will of the community, possess obligatory jurisdiction » (273). A questo riguardo, la testimonianza di Hans Wehberg appare di particolare significato. La sua tesi è che l'arbitrato debba essere lasciato libero di muoversi con la massima discrezionalità, sfruttando tutte le potenzialità di una decisione resa *ex aequo et bono*, trattandosi essenzialmente di uno strumento di conciliazione diplomatica, non di una procedura giudiziaria — cosicché « it was a great mistake of the First Hague Conference to introduce into the field of international arbitration the demand for a strictly legal settlement » (274). Non così la giustizia internazionale, che doveva rimanere nei binari della « legalità », operando allo scopo mediante giudici terzi rispetto alle parti e permanenti. « By courts of justice in international law », precisava Wehberg, « I understand those agencies which are set up for the strictly legal settlement of international disputes, and are permanently adapted to the purpose. In contrast to these courts are arbitral courts which merely have in view a disposal of the case on the basis of equity » (275).

Alla sessione di Christiania dell'*Institut* (1912), Lammasch riprende il *vœu* emesso all'Aja per una *Cour de justice arbitrale*. Questa Corte doveva poter decidere in via pregiudiziale se una determinata controversia rientrasse o meno in quelle che il relativo trattato deferiva alla sua giurisdizione. Inoltre, siffatto tribunale avrebbe potuto fungere da organo di revisione delle sentenze arbitrali già emesse, fermo restando che la sua costituzione non doveva oscurare la Corte permanente di arbitrato, destinata a rimanere in vita (276).

---

(273) W. SCHÜCKING, *The International Union of the Hague Conferences* (1912), trad. ingl., Oxford, 1920, p. 53

(274) H. WEHBERG, *The Problem of an International Court of Justice* (1912), trad. ingl., Oxford, 1918, p. 40.

(275) *Ibidem*, p. 116.

(276) *Annuaire abrégé*, cit., *session de Christiania*, 1912, p. 512.



I limiti dell'arbitrato, così come di fatto praticato, erano sempre più evidenti. All'*International Law Association* del 1914, a Madrid, il dibattito si fa molto vivace. Sulle sanzioni innanzitutto, da molti invocate, ma considerate da Evans Darby come « wholly alien to arbitral procedure »<sup>(277)</sup>. E poi, soprattutto, sull'equità: la critica all'incapacità degli arbitri di produrre diritto certo, adagiandosi nel ruolo di mediatori e pacificatori diveniva un *topos* della scienza giuridica. Critica fondata? Il fronte continua ad essere diviso come prima. Il magistrato olandese Hartzfeld prende le difese di questa supposta infedeltà dell'arbitrato al diritto. In realtà — dice — la conciliazione fa parte del suo spirito: « Personne n'est le demandeur qui dirige l'attaque ou le défendeur qui la repousse, mais les deux parties sont des comparants qui demandent justice »<sup>(278)</sup>. E poi non è un'ingenuità immaginare l'ordinamento nella sua completezza? Non esistono forse lacune, anche macroscopiche? Appellandosi al « Freirechtsbewegung », Hartzfeld si fa scudo dei nomi di Ehrlich e Geny contro i positivisti ad oltranza: che l'arbitro sia consapevole di beneficiare della libertà di « rendre des jugements qui satisfassent les deux parties, jugements qui méritent le nom de salomoniques, parce qu'ils sont justes et sensés »<sup>(279)</sup>. Lo stesso concetto ribadisce l'americano Reinsch: « Whenever the rightfulness and justice of conduct is capable of determination by a body of impartial judges, a judicial question exists. To confine the word 'justiciable' to narrower, purely legal limits would be dangerous in several ways »<sup>(280)</sup>. Scoraggiare gli Stati dal ricorso all'arbitrato e irrigidire il giudizio degli arbitri: questo sarebbe il prezzo di una nozione di legalità troppo esigente. L'equità continuava ad essere una risorsa ineliminabile.

In sintesi, quindi, malgrado gli sforzi di dottrina e diplomazia, l'arbitrato salutava il nuovo secolo fermo in una « no man's land » tra diritto ed equità, tra giustizia e diplomazia.

---

<sup>(277)</sup> *Compte-rendu de la vingt-huitième conférence tenue à l'Académie de jurisprudence et de législation de Madrid, octobre 1-6 1913*, Londres, 1914, p. 31.

<sup>(278)</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>(279)</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>(280)</sup> P.S. REINSCH, *The Concept of Legality in International Arbitration*, in A.J.I.L., 1911, p. 611.

### 3.3. *La scoperta della cooperazione*

Il secolo decimonono è il momento del diritto internazionale privato.

Dopo che Savigny e Story avevano posto i capisaldi dottrinali della disciplina, si sviluppa, a partire dagli anni Sessanta un possente movimento a favore della codificazione. A più riprese, su iniziativa di Mancini prima, del governo olandese poi, le cancellerie vengono interessate alla questione fino a quando, grazie all'infaticabile Asser, si cominciano a cogliere i frutti, nel 1893, con la prima sessione della conferenza dell'Aja (alla quale prendono parte 13 Stati), cui segue una seconda nel 1894, una terza e quarta nel 1900 e 1904. « A la recherche de fondements rationnels admissibles par tous », è stato detto a giusto titolo, « les théoriciens universalistes du droit ont pu nourrir l'espoir d'une uniformisation des règles de conflits de lois par la voie de traités entre États inspirés par les juristes. La Conférence de La Haye a offert, pendant quelques années, le spectacle inédit d'une république internationale des professionnels du droit »<sup>(281)</sup>.

Le radici ideologiche di questa fioritura coincidono con quelle stesse del liberalismo. Nell'epoca del capitale internazionale e delle grandi imprese industriali, predicava Leone Levi, « nothing can be more important than to render the laws which regulate commercial intercourse between nations, clear, uniform, and certain »<sup>(282)</sup>. « Tutta la storia del diritto internazionale privato », confermava Catellani, « si può riassumere in una lotta fra il principio dell'isolamento giuridico degli Stati e della territorialità delle leggi ed il principio della loro cooperazione giuridica »<sup>(283)</sup>. Il diritto internazionale privato, ovvero, secondo la definizione di Lainé, « le droit qui règle les rapports des États au sujet du conflit de leurs lois », appariva in qualche modo come il fluido giuridico dell'economia moderna. Si trattava nientemeno che di relativizzare la sovranità: « Si le conflit des lois tient à leur diversité et aux combinaisons de

---

<sup>(281)</sup> J.-L. HALPÉRIN, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, Paris, 1999, p. 197.

<sup>(282)</sup> L. LEVI, *International Commercial Law*, London, 1863, t. I, p. X.

<sup>(283)</sup> E.L. CATELLANI, *Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi*, Torino, 1895, t. I, p. 509, nonché F. KAHN, *Die einbeitliche Kodifikation des internationalen Privatrechts durch Staatsverträge*, Leipzig, 1904.

faits qui les mettent en présence, c'est la souveraineté des États qui donne à cette situation sa gravité » (284). La comunità dei giuristi si prefigge quale progetto collettivo di indurre i governi ad adottare trattati internazionali su materie nelle quali erano richiesti criteri di coordinamento o una minima uniformità, riuscendo nell'intento, anche se i risultati sono inferiori alle aspettative. Indubbiamente, si tratta di un successo non trascurabile della scienza giuridica moderna (285).

Più accidentata si rivela invece la maturazione dell'idea di cooperazione sul versante del diritto internazionale pubblico.

Gli Stati non erano abituati a collaborare su base permanente. Concepevano i momenti di incontro e concertazione come episodi isolati e solenni di un'attività diplomatica per sua natura bilaterale, discontinua e riservata.

La stessa scienza giuridica, fino alla metà del XIX secolo, non riesce a scrutare oltre l'orizzonte dei diplomatici. Rimane ferma a questa rappresentazione monadica della società internazionale, guardando con sospetto iniziative che potevano celare, dietro le quinte, disegni egemonici di tale o tal'altra potenza.

Un esempio illuminante di queste paralizzanti diffidenze è quello della repressione della tratta degli schiavi.

Dal Congresso di Vienna in poi, le Potenze europee non avevano cessato di ribadire il loro impegno comune contro la tratta degli schiavi. Ma come concretizzarlo? Non bastavano le squadre navali; occorrevano gli strumenti giuridici per compiere le verifiche sulle navi sospette di esercitare il traffico. L'arma principale era il diritto di visita e perquisizione, che costituiva tuttavia una prerogativa limitata al tempo di guerra e alla repressione della pirateria. Disposizione eccezionale, perché limitativa della libertà degli Stati, essa non era estendibile per analogia alla tratta.

Nel caso del « Louis » (1817), una nave francese impegnata nel traffico di schiavi, Lord Stowell, celebre giudice inglese delle prede, aveva ordinato il rilascio del vascello colto sul fatto nella pratica della tratta in quanto non esisteva una norma di diritto internazio-

---

(284) A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé*, Paris, 1888, t. I, p. 11.

(285) Cfr. E.L. CATELLANI, *L'azione delle società scientifiche nel progresso del diritto internazionale privato*, Padova, 1883.

nale che autorizzasse l'esercizio del potere di visita e perquisizione delle navi straniere se non in tempo di guerra <sup>(286)</sup>.

Di qui, gli sforzi della diplomazia inglese di stipulare trattati *ad hoc* che consentissero di aggirare l'ostacolo. Obiettivo non così semplice da conseguire: il concetto di cooperazione internazionale era assente dall'orizzonte delle cancellerie come della scienza giuridica; al suo posto covavano diffidenze e gelosie.

I francesi accettano con riluttanza di stipulare tre convenzioni con la Gran Bretagna che sancivano il diritto reciproco di visita e perquisizione, nel 1831, 1833 <sup>(287)</sup> e 1841. Ma in occasione del dibattito alla Camera sull'ultima delle tre — cui prendevano parte anche Russia, Austria e Prussia — si leva una protesta così veemente da compromettere la ratifica della convenzione da parte della Francia. Nulla di strano in questa diatriba. Il ricordo delle umiliazioni inflitte dalla marina britannica era troppo recente perché anche i liberali più anglofoni resistessero alla sirena sciovinista. Accade così che persino il freddo Tocqueville insorga nel gennaio del 1843 contro l'abbandono alla marina inglese di un potere che intaccava la sovranità della Francia — con buona pace della nobile causa della repressione della tratta negriera <sup>(288)</sup>. Per porre a tacere le opposizioni il governo francese stipulerà nel 1845 un nuovo trattato con l'Inghilterra nel quale si accordava esclusivamente il diritto di verificare la bandiera (*vérification du pavillon*) senza menzionare la visita.

Difficoltà ancora più serie incontrano gli inglesi con la controparte americana <sup>(289)</sup>. Una prima proposta avanzata da Castelreagh, volta a

<sup>(286)</sup> COBBETT, *op. cit.*, v. I, p. 291.

<sup>(287)</sup> *Convention entre la France et la Grande-Bretagne pour la suppression plus efficace du trafic des esclaves, signée à Paris le 30 Novembre 1831; Convention supplémentaire conclue, à Paris, entre la France et la Grande-Bretagne, le 22 Mars 1833, relativement à la répression du crime de la traite des noirs*, in De MARTENS, *Nouveau recueil des traités*, t. IX, pp. 544-558.

<sup>(288)</sup> B. SEMMEL, *Liberalism and Naval Strategy. Ideology, Interest, and Sea Power during the Pax Britannica*, Boston, 1986, pp. 44-45.

<sup>(289)</sup> Non solo nordamericana, ma anche portoghese e brasiliana. La stipulazione di trattati negli anni Venti e Trenta e la costituzione di commissione miste per giudicare i responsabili del traffico non bastano a porre fine al commercio degli schiavi. Anche in questo caso, il dibattito aveva assunto proporzioni politiche notevoli. Nel 1839, alla

costituire commissioni miste per la punizione del reato della tratta, era stata respinta dagli americani adducendo difficoltà costituzionali. Nel 1824 una convenzione anglo-americana che assimilava i negrieri ai pirati era stata ratificata dal Senato USA con tali e tante riserve da renderla del tutto inefficace <sup>(290)</sup>. Un trattato del 1842 prevedeva l'azione comune delle due flotte per la repressione del traffico. Senonché gli americani non avevano accordato il diritto di perquisizione. Sfruttando la distinzione tra visita e perquisizione gli inglesi tentavano di aggirare il divieto, limitandosi a « visitare » le navi americane per accertarne la reale nazionalità. Orbene, Wheaton presta la sua penna alla diplomazia del suo paese, rintuzzando con ostinazione la pretesa inglese di esercitare il diritto di visita in tempo di pace, seppure al servizio di un fine umanitario. L'argomento era quello consueto: il diritto di visita e/o perquisizione — tra i due non vi è differenza per Wheaton — era ammissibile in tempo di guerra; una sua estensione ad oggetti estranei al contrabbando bellico era dunque inammissibile <sup>(291)</sup>. La risposta di un anonimo pubblicista inglese è caustica abbastanza da bruciare il velo dell'ipocrisia scientifica: la vera questione, con la quale nulla aveva a che vedere il diritto internazionale, era che la Federazione americana non riusciva ad imporre ai propri Stati il rispetto delle obbligazioni internazionali <sup>(292)</sup>.

Quanto più ardua era la collaborazione fra gli Stati, tanto maggiore il merito di chi, tra i primi, dedica attenzione scientifica al tema. Non è un caso che questo interesse nasca in quella parte della dottrina giuspubblicista tedesca che, proprio in quegli anni, rinnova il metodo giuridico con l'attingere alla nascente sociologia, legando la sua reputazione ai nomi di Robert Von Mohl e Lorenz Von Stein.

---

Camera dei Lords, il Duca di Wellington in persona aveva ricordato che Lord Stowell, nel caso del *Le Louis* (1817) aveva dichiarato illegale il diritto di perquisizione esercitato in tempo di pace, quando non espressamente concesso con trattato (L. BETHELL, *The Abolition of the Brazilian Slave Trade*, Cambridge, 1970, p. 160).

<sup>(290)</sup> H.G. SOULSBY, *The Right of Search and the Slave Trade in Anglo-American Relations (1814-1862)*, Baltimore, 1933, pp. 16-38.

<sup>(291)</sup> H. WHEATON, *Enquiry into the Validity of the British Claim to a Right of Visitation and Search of American Vessels Suspected to be Engaged in the African Slave-Trade*, London, 1842, p. 173.

<sup>(292)</sup> *Reply to an « American's Examination » of the « Right of Search », by an Englishman*, London, 1842, p. 63.

Il diritto internazionale si è finora occupato solo di delimitare le sfere di sovranità degli Stati, visti come entità indipendenti e potenzialmente conflittuali. Ma questa è solo una parte del diritto internazionale, avverte Von Mohl. Vi è dell'altro e di più importante dietro il paravento della sovranità. Così come individuo, famiglia e società assolvono funzioni distinte e complementari, nello stesso modo, laddove gli Stati singoli non possono operare da soli, interviene la società internazionale mediante la cooperazione <sup>(293)</sup>. Il diritto internazionale privato è il terreno di elezione per misurare lo sviluppo di questa interdipendenza — « eine Anerkennung des Grundsatzes der Völkergemeinschaft » Verrà il tempo, assicura Mohl, in cui la crescita di questa branca farà giudicare « halbbarbarisch » la sua condizione attuale <sup>(294)</sup>.

L'onore di avere promosso questo nuovo campo di indagine spetta comunque a Lorenz von Stein <sup>(295)</sup>. In un articolo fortunosissimo sullo *Schmollers Jahrbuch* Stein spiega che quando gli Stati, per fare fronte ad esigenze comuni, stipulano un trattato « amministrativo », istituiscono con ciò un ordinamento *ad hoc*, dotato di mezzi e scopi omogenei all'amministrazione nazionale. Nasce così una nuova tipologia di trattati, diversa da quella classica: « So entsteht im Unterschied von den Vertragsarten des europäischen Staatensystems die große Gruppe der Verwaltungsverträge » <sup>(296)</sup>. Novità del secolo decimonono, questa amministrazione internazionale segna la svolta dal vecchio diritto dei trattati classico, costellato di paci e guerre, in uno nuovo che esprime le inedite esigenze della

---

<sup>(293)</sup> « So wie die Einzelnen zur Ergänzung ihrer Kraft zusammentreten zur Familie, die Familie zu gesellschaftlichen Kreisen, diese zum Staate: so haben, in Verfolgung desselben Bedürfnisses und Gedankens, auch die Staaten zusammenzuwirken, wo der einzelne von ihnen nicht genügt » (R. von MOHL, *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik* (1860), Graz, 1962, t. I, p. 591).

<sup>(294)</sup> *Ibidem*, p. 633.

<sup>(295)</sup> L. von Stein (1815-1890), dopo aver ultimato i suoi studi a Kiel, compie un lungo soggiorno a Parigi dove viene in contatto con le principali figure del socialismo francese. Nominato professore a Kiel, viene chiamato successivamente a Vienna sulla cattedra di *Staatswissenschaft*. Il suo obiettivo: la ricerca attraverso il diritto pubblico di una « terza via » tra liberalismo e socialismo.

<sup>(296)</sup> L. von STEIN, *Einige Bemerkungen über das internationale Verwaltungsrecht*, in *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich*, Leipzig, 1882, p. 36.

comunità dei popoli: l'amministrazione europea degli interessi comuni (« in ihnen beginnt sich Europa selber zu verwalten »). La personalità sovrana degli Stati si contrae per effetto della necessità dei rapporti internazionali sulla base della reciprocità. Organi come la commissione del Danubio mostrano che « hier ist das thätige Leben der Gemeinschaft Europas innerhalb der Verwaltung » (297). La proiezione oltre confine penetra insensibilmente attraverso i canali dei trattati e della stessa legislazione statale. Ma è sulle grandi questioni del tempo che poteva manifestarsi tutta la potenzialità di questa branca, a cominciare dalla questione sociale. La legislazione protettiva, sul trattamento dei lavoratori, poteva beneficiare di questo allargamento di orizzonti nella misura in cui gli Stati avessero consentito a uniformare le rispettive norme in questo campo, stipulando trattati allo scopo (298). Che fosse l'inizio del tramonto per il tempo della sovranità assoluta? Stein vi confidava.

Il repentino moltiplicarsi delle iniziative di cooperazione sembrava dare ragione a Stein.

In pochi anni si estende il campo delle Unioni internazionali: telegrafica universale (1865); postale universale (1874); dei pesi e misure (1875); per la protezione delle opere artistiche e letterarie (1886); per il trasporto delle mercanzie su ferrovia (1890). Fra tutti questi fenomeni, l'istituzione-tipo dell'« amministrazione internazionale » è la Commissione europea del Danubio dotata — caso questo eccezionale — di poteri propri per l'epoca abbastanza estesì (299).

Raccogliendo l'intuizione di Stein, la dottrina s'impegna a concettualizzare questa amministrazione internazionale; un compito che, tuttavia, si rivela da subito più complesso del previsto. L'effetto di questa crescente cooperazione — si diceva — sarebbe stato

---

(297) *Ibidem*, p. 45.

(298) *Ibidem*, p. 47.

(299) Il trattato di Parigi del 1856 istituiva una Commissione europea (art. 16), a tempo determinato, composta di delegati di varie potenze e con il compito di eseguire i lavori necessari per liberare le foci del Danubio, coprendo le spese con la percezione di diritti di navigazione. Creava altresì una Commissione rivierasca permanente (art. 17) con la missione di elaborare i regolamenti di polizia e di rimuovere gli ostacoli alla navigazione. Sull'accidentata vita delle Commissioni del Danubio si veda l'accurata ricostruzione di G. CONETTI, *Il regime internazionale della navigazione danubiana*, Milano, 1970, pp. 119-147.

salutare innanzitutto sul versante dell'omologazione al livello più alto delle pratiche amministrative. « The scientific branches in the administration of modern states are so important and their influence upon governmental action is so direct that the organization of scientific work upon a international basis would in itself constitute a movement of prime importance » <sup>(300)</sup>. Oltre a promuovere l'uniformità di normative essenziali alla crescita internazionale, lo sviluppo di questa rete di istituzioni avrebbe permesso di superare l'obsoleto principio dell'unanimità nell'adozione delle decisioni. Sull'onda dell'entusiasmo si parla di un diritto amministrativo internazionale definito come l'« ensemble des restrictions apportées à la souveraineté administrative ou policière des États, ou l'ensemble des restrictions mises à leur indépendance dans le domaine des intérêts sociaux » <sup>(301)</sup>.

Ma era davvero il caso di celebrare la nascita di una nuova branca del diritto internazionale?

La legione dei critici s'ingrossa da subito, annoverando firme d'eccezione come quella di Neumeyer che, nel momento stesso in cui contesta l'esistenza di un diritto internazionale amministrativo <sup>(302)</sup>, introduce al suo posto l'inedita categoria del diritto amministrativo internazionale. Non era un gioco di parole: si trattava di fenomeni profondamente diversi.

Per Neumeyer lo scopo del diritto amministrativo internazionale è quello di delimitare la competenza rispettiva degli Stati nell'applicazione del diritto pubblico, in analogia e in parallelismo al diritto internazionale privato — « die Grenzen der öffentlichen Gewalt in Verwaltungssachen gegenüber der öffentlichen Gewalt anderer Gemeinschaften ziehen » <sup>(303)</sup>. Le leggi interne su imposte,

<sup>(300)</sup> P.S. REINSCH, *Administrative Law and National Sovereignty*, in A.J.I.L., 1909, p. 16.

<sup>(301)</sup> P. KAZANSKY, *Théorie de l'administration internationale*, in R.G.D.I.P., 1902, p. 361.

<sup>(302)</sup> Riferendosi alla Commissione del Danubio, dice: « Eine gemeinschaftliche Verwaltung wird hier in der Tat geführt. Aber das Recht über sie ist einzelstaatliches Recht geblieben; die beteiligte Staatengruppe als solche vermag keine Normen zu setzen, die aus eigener Kraft verbindlich wären » (K. NEUMEYER, *Grundlinien des internationalen Verwaltungsrechts*, Berlin, 1911, p. 27).

<sup>(303)</sup> K. NEUMEYER, *Internationales Verwaltungsrecht*, München, 1910, p. IV.



educazione, stampa, associazioni, in breve la legislazione interna è applicabile agli stranieri? Lo Stato ospitante è tenuto a riconoscere un titolo rilasciato da un altro Stato? Per rispondere a queste domande nasce appunto questa nuova categoria, che rintraccia e ricostruisce le eccezioni al principio di territorialità consentite nella prassi amministrativa.

Accanto a chi, come Neumeyer, esplorava dall'interno il nuovo filone scientifico, confidando nella possibilità di sfruttarne le ricchezze, più numerosi erano coloro che rifiutavano in blocco la plausibilità di siffatte ed eterodosse categorie.

Lo scettico Renault invita alla prudenza sulla stessa opportunità di incoraggiare le unioni internazionali, sostenendo « qu'il faut être fort réservé dans la création des Unions et que celles-ci ne doivent être appliquées qu'à des objets de telle nature que l'on doive raisonnablement présumer que tous les États auront la volonté et le pouvoir d'exécuter fidèlement le traité » <sup>(304)</sup>.

Ancor più serie le riserve teoriche dei positivisti tedeschi e italiani. Heilborn insorge alla sola idea di trattati internazionali che creano diritto amministrativo. Al massimo, si può dire che il trattato stabilisce le condizioni perché, via la legislazione attuativa statale, l'amministrazione possa operare: « Der Verwaltungsvertrag erzeugt keine Ordnung für die Verwaltung, sondern erweitert möglicherweise den Raum, in welchem dieselbe sich bethätigen darf » <sup>(305)</sup>. Ma è certo che i trattati non possono produrre null'altro che diritto internazionale: « Die Verwaltungsverträge erzeugen demnach nur völkerrechtliche Ansprüche und Pflichten, schaffen aber nicht die Grundlage für eine völkerrechtliche oder internationale Verwaltung » <sup>(306)</sup>. Nemmeno la tanto citata commissione del Danubio fa eccezione alla regola: si è in presenza di un organo messo in società dagli Stati per svolgere compiti determinati: tutto qui — « das Wesentliche ist einzig und allein die Vereinigung mehrerer Staaten zu gemeinschaftlicher Thätigkeit » <sup>(307)</sup>.

---

<sup>(304)</sup> L. RENAULT, *Les Unions internationales, leurs avantages et leurs inconvénients*, in R.G.D.I.P., 1896, p. 22.

<sup>(305)</sup> HEILBORN, *System*, cit., p. 392.

<sup>(306)</sup> *Ibidem*, p. 394.

<sup>(307)</sup> *Ibidem*, p. 394.

Il giuspositivista Donati non ha dubbi: « Il diritto internazionale è quello che è; la società internazionale è una società non organizzata e il diritto internazionale è un diritto quale può essere formato in una società così fatta, cioè un diritto *fra* Stati. Applicare ad esso le distinzioni che sono proprie al diritto che si forma nella società di ciascuno Stato, che è organizzata, non è possibile »<sup>(308)</sup>. Né ha più fondamento parlare di un diritto amministrativo internazionale in analogia col diritto privato internazionale: « Per costituire un ramo per sé stante del diritto amministrativo — il diritto amministrativo internazionale — manca l'elemento principale, cioè l'elemento unificante e ordinatore, l'elemento sistematico »<sup>(309)</sup>. La risposta del positivismo alla questione delle Unioni internazionali non poteva lasciare adito a dubbi: perché l'Unione fosse organo della comunità internazionale occorreva che questa fosse personificata, ciò che non era; restava in piedi solo l'opzione di considerare l'Unione quale organo di più Stati per l'espletamento di compiti comuni<sup>(310)</sup>.

Meno severo, apparentemente, l'amministrativista Umberto Borsi, disposto ad ammettere la plausibilità tanto dell'uno che dell'altro. Se vi era un'attività di natura oggettivamente amministrativa svolta dagli Stati in attuazione di norme internazionali perché negargli il nome di diritto internazionale amministrativo? « Per noi, infatti, merita l'epiteto di « amministrativo » quel ramo del diritto internazionale che riguarda un'attività singolare o collettiva degli Stati avente i requisiti sostanziali di pubblica amministrazione, ancorché l'esplicazione dell'attività stessa non possa aver luogo senza che la legislazione di ciascuno Stato che ne ha assunto l'obbligo l'abbia disposta e regolata »<sup>(311)</sup>. Ammissione per vero del tutto innocua! L'ultimo inciso fugava qualsiasi ambiguità riguardo all'ipotesi che tale diritto fosse suscettibile di applicazione *a prescindere* dalla legislazione attuativa statale.

---

<sup>(308)</sup> D. DONATI, *I trattati internazionali nel diritto costituzionale*, Torino, 1906, p. 435.

<sup>(309)</sup> *Ibidem*, p. 451.

<sup>(310)</sup> Su questo dibattito teorico, A. RAPISARDI-MIRABELLI, *Théorie générale des unions internationales*, in R.C., 1925, t. 7, p. 362.

<sup>(311)</sup> U. BORSI, *Carattere ed oggetto del diritto amministrativo internazionale*, in R.D.I., 1912, pp. 376-377.

Dai contorni più netti la definizione che offre Borsi del diritto amministrativo internazionale identificato « nella disciplina di rapporti giuridici fra la pubblica Amministrazione da un lato, i funzionari operanti all'estero e i cittadini dimoranti all'estero, in quanto siano contemplati in questa loro particolare condizione, o gli stranieri che, sia per ragione di dimora, sia per altro motivo, abbiano qualità di sudditi temporanei dall'altro lato » <sup>(312)</sup>. Caratteristica peculiare di questa branca del diritto pubblico era « la limitazione dei diritti e doveri degli individui di fronte allo Stato » conseguente al loro status di cittadini all'estero o di stranieri nel territorio. In altre parole, questo diritto indicava i casi in cui era lecito derogare al principio di territorialità e della esecutorietà degli atti amministrativi. Così inteso, esso riecheggiava da vicino la teoria di Neumeyer che proprio a tal fine aveva costruito il suo imponente trattato, enucleando una categoria di fattispecie amministrative accomunate dal connotato di avere come destinatari stranieri nel paese o cittadini all'estero. Ma dov'era « l'elemento sistematico » invano cercato da Donati?

Lo stato embrionale della cooperazione internazionale basta a scusare in quello scorcio di secolo l'evidente fatica della dottrina a trovare un consenso. La Società delle Nazioni permetterà di decantare queste intuizioni feconde, fornendo il quadro istituzionale di riferimento che era loro mancato.

#### 3.4. *Colonialismo e civiltà*

Bentham aveva esortato l'Inghilterra a chiudere la partita coloniale in cambio della pace. Questo bizzarro invito non era stato ovviamente raccolto, né dagli inglesi, né dagli intellettuali europei. Al contrario, il liberalismo ottocentesco sposa con entusiasmo nella sua grande maggioranza la causa dell'espansione coloniale, foriera di civiltà e di benessere, non senza tuttavia porsi alcune domande: la prima fra tutte, quella basilare, sulle legittime modalità del suo esercizio. La dottrina giuridica s'impegna a fondo per darvi una risposta.

Si è sostenuto che la virata, o se si vuole, l'involuzione eurocentrica, con la conseguente chiusura verso le civiltà diverse, sia un frutto

---

<sup>(312)</sup> *Ibidem*, p. 382.

avvelenato del positivismo ottocentesco <sup>(313)</sup>. La tesi, per quanto suggestiva, non è suffragata da prove adeguate. Il positivismo ha forse accentuato il tratto autoreferenziale di un diritto basato sulla concezione europeo-continentale della sovranità ed ha sicuramente ammiccato più di una volta allo scientismo razziale darwinista di moda in quell'epoca. Ma non pare sufficientemente dimostrata l'ipotesi che prima dell'Ottocento vi fosse un solido consenso sull'esistenza di una *civitas maxima* universale, composta a pari titolo da civiltà cristiane e non <sup>(314)</sup>. Si è anzi replicato con più di un fondamento che la formalizzazione da parte della scienza positiva dello standard della 'civiltà' abbia permesso quantomeno di tracciare il sentiero di ammissione nell'agognata sfera delle potenze riconosciute <sup>(315)</sup>. Fare carico alla scienza giuridica di mancanza di « political correctness » equivarrebbe a incorrere in un fenomenale anacronismo storiografico. Quella di individuare le condizioni più « oggettive » per ammettere nella « famiglia delle nazioni civili » uno Stato non-europeo è una delle preoccupazioni costanti della scienza giuridica. La vicenda del Giappone appare, a questo riguardo, emblematica dell'ambivalenza di un principio di esclusione che, all'occorrenza, una volta riscontrata la presenza delle « garanzie » richieste, sa tramutarsi in biglietto d'ingresso nell'invidiato consesso degli Stati civili <sup>(316)</sup>. Non è forse su-

---

<sup>(313)</sup> Il riferimento è a Alexandrovicz, il quale asserisce che « the nineteenth-century positivists banned the idea of universality of the law (which had been a functional attribute of the natural law doctrine) and supplanted it by a purely European concept of international law » aggiungendo che la dottrina classica giusnaturalista « offered a framework within which countries of different religion, race and civilisation found their place side by side in a spirit of coexistence » (C.H. ALEXANDROVICZ, *An Introduction to the History of the Law of Nations in the East Indies*, Oxford, 1967, p. 235).

<sup>(314)</sup> Un recente contributo tende invece a sottolineare, con riguardo all'esperienza americana, l'assimilazione delle popolazione indigene ai « rustici », minori ed incapaci (B. CLAVERO, *Derecho indigena y cultura constitucional en América*, Madrid, 1994, p. 18).

<sup>(315)</sup> « The nineteenth-century international lawyers tried heroically to expand the domain of international law to include the non-European countries which had not before fallen within its aegis. Indeed, at least initially, most non-European countries were unfamiliar with the customs, precepts, and institutions of the European international society. This required that the international society of European states make its otherwise implicit standard explicit in precise legal terms » (G.W. GONG, *The Standard of 'Civilisation' in International Society*, Oxford, 1984, p. 240).

<sup>(316)</sup> Tra i primi a perorare la causa del Giappone è un italiano, Paternostro,

perfluo ricordare che alla conferenza dell'Aja del 1907 erano presenti i delegati di Cina, Giappone, Impero Ottomano, Persia e Siam.

Il migliore indizio di come i giuristi europei percepissero il mondo esterno è una raffigurazione geometrica: l'efficacissima immagine dei « cerchi concentrici » di Lorimer. Il giurista scozzese distingue l'« umanité civilisée, l'humanité barbare et l'humanité sauvage », graduando conformemente il riconoscimento accordato a queste tre categorie: pieno alla prima, parziale alla seconda, puramente « umano » alla terza <sup>(317)</sup>.

Lorimer non è per nulla isolato nella sua classificazione. Il francese Pillet se ne fa discepolo quando afferma che « les États demi-civilisés n'ont droit qu'à une reconnaissance simplement partielle: leur existence est assurée, leur vocation au développement intérieur et au commerce international sanctionnée; mais l'État civilisé ne leur accorde pas tout le respect qu'il accorderait à ses égaux en culture ». Gli Stati « semi-civili », come Persia, Siam, Cina e Abissinia, si trovano in una zona grigia, beneficiando solo di una parte delle prerogative accordate dal diritto internazionale <sup>(318)</sup>. Drastico come sempre Fedor de Martens: « Appliquer le droit international à des nations barbares, c'est prouver que l'on comprend mal un droit fondé sur la réciprocité » <sup>(319)</sup>. Stessa antifona in Rivier, che non usa anch'egli mezzi termini: « Entre nous et les peuples de races inférieures s'ouvre un abîme, analogue à celui qui

---

giureconsulto del governo giapponese, che, con argomento significativo, non fa appello al pluralismo culturale, bensì — proprio al contrario — « certifica » l'ormai compiuta occidentalizzazione del Paese, che si era dimostrato capace di riuscire là dove aveva fallito l'Impero ottomano: « Au point de vue du droit international, le Japon est dans la plénitude de son droit, puisqu'on ne peut contester que l'organisation judiciaire du Japon et ses institutions judiciaires sont à la hauteur de tous les progrès accomplis par les nations occidentales ». Quindi era tempo di abolire i privilegi consolari degli europei che sarebbero stati perfettamente garantiti di fronte ai giudici locali, chiamati ad applicare un diritto sostanzialmente modellato su quello occidentale (PATERNOSTRO, *La revision des traités avec le Japon au point de vue du droit international*, in R.D.I.L.C., 1891, p. 10).

<sup>(317)</sup> J. LORIMER, *La doctrine de la reconnaissance, fondement du droit international*, in R.D.I.L.C., 1880, p. 335.

<sup>(318)</sup> A. PILLET, *Le droit international public, ses éléments constitutifs, son domaine, son objet*, in R.G.D.I.P., 1894, p. 27.

<sup>(319)</sup> F. de MARTENS, *Traité de droit international*, trad. par A. LÉO, Paris, 1883, t. I, p. 242.

séparait les Grecs des barbares, tandis qu'un gouffre moins profond, ou même un simple fossé que l'on peut franchir et que l'on franchit, nous sépare des nations de races moyennes, des États à demi-civilisés ou dont la civilisation diffère de la nôtre en quelques traits essentiels » <sup>(320)</sup>. La morale cristiana, non il diritto internazionale, regola i rapporti con i popoli delle razze incivili. Parlare di ridurre le distanze e le disuguaglianze? « Tout ceci est pour le moins très prématuré » <sup>(321)</sup>.

Questa gerarchia, per arbitraria che possa oggi sembrare, aveva dalla sua non solo gli argomenti del social-darwinismo, allora imperanti, ma le ben più suggestive ricerche della nascente disciplina antropologica. Le citazioni di Lewis Morgan e di Kropotkin ricorrono spesso sotto la penna dei nostri autori, alla ricerca di un paradigma scientifico per operare questa delicata selezione <sup>(322)</sup>. Avviene così che lo standard della 'civiltà', sebbene dai labili confini, si affermi come esplicito principio giuridico alla fine del XIX secolo.

Il tema della 'civiltà' si sviluppa nella scienza giuridica per fare fronte a esigenze distinte: (A) proteggere gli europei in paesi orientali o comunque periferici, assicurando loro certi diritti fondamentali ritenuti appunto bagaglio essenziale della « civiltà »; (B) determinare i criteri in base ai quali accordare o negare il riconoscimento della personalità di diritto internazionale a comunità extraeuropee, soprattutto in funzione della creazione di « protettorati »; (C) decidere se un territorio fosse *res nullius* ai fini dell'occupazione, questione vitale nella corsa tra imperialismi a caccia di prede; (D) da ultimo, offrire una protezione ai « nativi », visti come minori.

Di questi quattro punti, il primo (A) beneficia di un'attenzione privilegiata da parte dei giuristi fino almeno agli anni Novanta del XIX secolo. Il dibattito sulle capitolazioni ottomane e sui privilegi consolari degli stranieri anima le riviste e i cenacoli degli internazionalisti, combattuti tra l'aspirazione dei paesi interessati a vedere alleviato questo umiliante condizionamento e le apprensioni dei beneficiari europei di fronte alla perdita di franchigie e immunità

---

<sup>(320)</sup> A. RIVIER, *Principes du droit des gens*, Paris, 1896, t.I, p. 8.

<sup>(321)</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>(322)</sup> Cfr. E. NYS, *Le droit international*, Bruxelles, 1904, t. I, pp. 128-129.

ben consolidate. Per Wheaton, che si faceva interprete della *communis opinio*, il diritto internazionale si arrestava alle soglie del mondo civile: l'ordinamento, se tale poteva essere definito, che governava le relazioni con le comunità musulmane « is another and a very different thing » (323). Concretamente, la linea di confine tra civiltà e inciviltà si traduceva nel rifiuto di abrogare i privilegi degli europei nei paesi musulmani. Non è un caso che le giurisdizioni consolari, sancite tramite le capitolazioni, siano difese a spada tratta da Martens che, come esponente di spicco della classe dirigente russa, provava un'istintiva avversione per la cultura ottomana (324). Sono rari i giuristi che mostrano una schietta sensibilità verso il problema della parità di diritto con le nazioni extraeuropee. Del novero è Hornung il quale, nel corso del dibattito all'*Institut* sulla riforma delle capitolazioni in Oriente, taccia d'ipocrisia l'atteggiamento degli Stati cristiani che « ne voient absolument que l'intérêt de leur commerce, de leurs nationaux, de leurs coreligionnaires, de leurs missionnaires, de leurs créances » e trattano i paesi musulmani « comme ennemis » (325). Così anche Catellani che rivendica con forza maggiore dignità per le comunità extraeuropee, stigmatizzando ogni giustificazione ispirata a darwinismo razziale (326). E, in sintonia con lui, Nippold, profondo conoscitore della realtà asiatica, lamenta che la prassi degli Stati fosse più coraggiosa e generosa (« mutiger und weitherziger ») dell'atteggiamento della dottrina, superata nei suoi pregiudizi dallo sviluppo stesso delle relazioni internazionali. Non potevano ritenersi più esistenti limiti spaziali a priori (« a priori räumliche Schranken ») per la sfera di validità delle norme internazionali, la quale appariva, in relazione a ognuna di esse, a geometria variabile: abbracciava alcuni Stati e non altri, senza che questo incidesse minimamente sulla dignità di soggetto internazionale. « Beseitigung der heutigen Rechtsungleichheiten »: l'elimi-

---

(323) WHEATON, *Elements*, cit., p. 45. Per darne la prova, Wheaton sostiene che non era necessaria una formale sentenza di condanna della corte di ammiragliato per trasferire la proprietà dei vascelli catturati agli algerini (*Ibidem*, p. 45).

(324) F. de MARTENS, *Traité de droit international*, trad. par A. LÉO, Paris, 1886, t. II, p. 124.

(325) *Annuaire abrégé*, cit., session de Turin, 1882, p. 895.

(326) CATELLANI, *Le droit international au commencement du XX siècle*, cit., p. 413.

nazione delle disuguaglianze doveva costituire il principio-guida dello sviluppo del diritto internazionale futuro <sup>(327)</sup>.

Denunce così franche sono piuttosto rare anche se non rimangono senza conseguenze. Esse finiranno per sortire due effetti: innanzitutto quello di ridimensionare la discriminazione su base religiosa, argomento che col tempo cade in prescrizione <sup>(328)</sup>; in secondo luogo — dato altrettanto importante — di stimolare la ricerca di una soluzione intermedia tra la soppressione dei privilegi consolari e la loro preservazione, concretamente individuata nella creazione di tribunali misti modellati sull'esperienza egiziana <sup>(329)</sup>.

Il secondo punto (B) è intimamente connesso con la questione della possibilità di applicare il diritto internazionale nei rapporti con comunità extraeuropee. La risposta abitualmente data era che tale diritto fosse applicabile, parzialmente o integralmente, alle relazioni con soggetti riconoscibili come « Stati ». Il che spostava il problema: chi aveva titolo a questo riconoscimento? « Haben wir es mit einem Staate zu thun oder nicht? »: questo l'interrogativo cruciale <sup>(330)</sup>. La replica corrente era volutamente elastica: a tutto ciò che fosse capace di elevarsi con la propria organizzazione al di sopra della « tribù » — si sosteneva — competeva una qualche soggettività. Beninteso,

---

<sup>(327)</sup> O. NIPPOLD, *Das Geltungsgebiet des Völkerrechts in Theorie und Praxis*, in *Zeitschrift für Völkerrecht und Bundesstaatsrecht*, 1908, pp. 466, 470, 471.

<sup>(328)</sup> Già Lord Stowell, nel caso del *The Helena* (1801), aveva sostenuto, a proposito degli effetti giuridici di una cattura effettuata da un corsaro algerino, che gli Stati barbareschi erano « established governments » e come tali andavano trattati (J.A. ANDREWS, *The Concept of Statehood and the Acquisition of Territory in the Nineteenth Century*, in *The Law Quarterly Review*, 1978, p. 414). È stato osservato che sino alla fine del Settecento i rapporti tra Stati europei e barbareschi erano di natura inter-ordinamentale, in quanto non si riteneva applicabile il diritto internazionale europeo al mondo musulmano, tenuto conto anche dell'avallo ufficiale dato in quest'ultimo alla pirateria. Nel corso dell'Ottocento, invece, si fa strada un'idea intra-ordinamentale grazie alla quale parte delle norme del diritto internazionale europeo erano considerate applicabili alle relazioni con gli Stati barbareschi (J.M. MÖSSNER, *The Barbary Powers in International Law (Doctrinal and Practical Aspects)*, in C.H. ALEXANDROVICZ, *Grotian Society Papers*, 1972, *Studies in the History of the Law of Nations*, The Hague, 1972, p. 221).

<sup>(329)</sup> F. CONTUZZI, *La istituzione dei consolati ed il diritto internazionale europeo*, Napoli, 1885, p. 700; E. CATELLANI, *I privilegi degli stranieri in Oriente e nell'Estremo oriente: condizione attuale e tentativi di riforma*, in R.D.I., 1915, p. 22.

<sup>(330)</sup> P. HEILBORN, *Das Völkerrechtliche Protektorat*, Berlin, 1891, p. 22.



l'ammissione della soggettività dell'interlocutore extraeuropeo non comportava per nulla la sua consacrazione come destinatario *sic et simpliciter* del diritto internazionale « civile ». Heilborn lo spiega con parole rivelatrici della sua titubanza: posto che non esiste un diritto internazionale universale, le relazioni tra Stati europei ed extraeuropei debbono per forza rivestire una forma giuridica, ma senza pretendere di assimilarla integralmente a quella usitata in occidente. Sono solo frammenti di un diritto internazionale rudimentale, « documenti » della sua esistenza embrionale che rimangono confinati alla disciplina dei singoli rapporti. Non producono alcun effetto normativo sul diritto « autentico » in vigore tra le due sponde dell'Atlantico: sono sì di « natura » internazionale, ma non appartengono al diritto internazionale occidentale, né sono cospicui abbastanza da crearne uno parallelo <sup>(331)</sup>. Meno draconiano di Heilborn, Pasquale Fiore asserisce che « le tribù indipendenti non possono essere considerate al di fuori del Diritto dell'umanità. Si può soltanto sostenere che esse non possono esigere che il diritto internazionale sia loro applicato integralmente e colle stesse norme che agli Stati civili » <sup>(332)</sup>. Un modo più elegante di esprimere lo stesso concetto; ma il risultato non cambia molto.

Il corollario principale dell'etichetta di « Stato » è da cercarsi altrove, ossia nell'esigere il ricorso a forme di dominazione formalmente rispettose di questo dato. A ciò soccorreva la possibilità, perfettamente familiare al giurista occidentale, di « addomesticare » la sovranità mediante l'imposizione di forme di vassallaggio. È compatibile con il concetto di sovranità una sua limitazione? Gli autori, nella grande maggioranza, rispondono affermativamente, e non avrebbe potuto essere diversamente in presenza di una prassi internazionale che offriva grande copia di autorità statali dimezzate. La semi-sovranoità non era affatto una novità per il diritto internazionale. Gli Stati tedeschi avevano mantenuto questa condizione fino alla disso-

---

<sup>(331)</sup> « Daß dieselben völkerrechtlicher Natur sind, ist nicht zu bezweifeln, denn sie regeln das Verhalten von Staaten zueinander. Sie machen aber kein Völkerrecht aus, sondern sind nur die Ansätze zu einem solchen. Die bleiben immer vereinzelt, auf den konkreten Fall beschränkte, partikularrechtliche Normen » (*Ibidem*, p. 23).

<sup>(332)</sup> FIORE, *Il diritto internazionale codificato*, cit., p. 122.

luzione dell'Impero e, dopo il Congresso di Vienna, il protettorato britannico sulle isole Ionie costituiva un precedente spesso additato ad esempio di questa eventualità.

L'idea era che uno Stato poteva consentire a limitazioni della propria indipendenza per via contrattuale, ferma restando la facoltà di liberarsene una volta raggiunta la maturità o altrimenti nel momento in cui fosse intervenuto un mutamento essenziale nelle circostanze <sup>(333)</sup>. Oggetto del contratto di protettorato è la cessione dell'esercizio dei diritti sovrani, non la cessione dei diritti stessi. In caso contrario, qualora la cessione riguardasse i diritti, la personalità dello Stato protetto si estinguerebbe <sup>(334)</sup>. La figura più esplicita al riguardo è quella della tutela, metafora prediletta perché adatta a rendere l'idea di una personalità in formazione sottoposta alle cure dell'adulto: « Das Protektorat ist demnach als völkerrechtliche Vormundschaft zu bezeichnen » <sup>(335)</sup>. Secondo Oppenheim, « protectorate may, again with suzerainty, be called a *kind of international guardianship* » <sup>(336)</sup>. La protezione pareva essere in effetti l'ovvia contropartita per lo spossessamento del potere di agire in via diplomatica, dal momento che « lorsqu'un protectorat a été établi, l'État protégé, devenu incapable de toute relation internationale directe, ne peut être appelé par un tiers à répondre des actions illicites qu'il a peut-être commises » <sup>(337)</sup>. Si aggiungeva anche per converso che il protettorato, presupponendo l'esistenza in capo al pupillo della personalità giuridica, rendeva il conflitto armato con il tutore una vera e propria guerra tra Stati <sup>(338)</sup>. Pur essendo sovrano a metà, in quanto privo della capacità di agire esterna, lo Stato

---

<sup>(333)</sup> « Nous arrivons ainsi à conclure que les restrictions de droits imposées à l'État qualifié de mi-souverain sont toujours contractuelles entre deux souverainetés distinctes et que, par suite, elles doivent toujours être interprétées d'une manière restrictive » (F. DESPAGNET, *Essai sur les protectorats*, Paris, 1896, p. 36).

<sup>(334)</sup> G. TRIONE, *Gli Stati civili nei loro rapporti giuridici coi popoli barbari e semibarbari*, Torino, 1899, p. 131.

<sup>(335)</sup> HEILBORN, *Das völkerrechtliche Protektorat*, cit., p. 45.

<sup>(336)</sup> OPPENHEIM, *International Law*, cit., t. I, p. 138.

<sup>(337)</sup> A. PILLET, *Des droits de la puissance protectrice sur l'administration intérieure de l'État protégé*, in R.G.D.I.P., 1895, p. 598.

<sup>(338)</sup> P. FEDOZZI, *Saggio sul protettorato*, Venezia, 1897, p. 109.

protetto godeva quindi ancora di una certa dignità che lo differenziava da una pura colonia <sup>(339)</sup>.

Questo l'ideal-tipo del protettorato, le cui applicazioni concrete variavano all'infinito da trattato a trattato. Accadeva persino che la nozione fosse dilatata al punto da comprendere i casi in cui il protettore assumeva la stessa amministrazione interna della comunità. Per dare conto di questa torsione al concetto puro di protettorato vi era chi ricorreva alla distinzione tra curatela e tutela: la prima ricorreva nel caso classico del protettorato quando il curatore si accollava le sole relazioni esterne del minore, con interventi straordinari sugli affari interni; la seconda si aveva in presenza di una vera e propria sostituzione <sup>(340)</sup>. Dettagli secondari, se si vuole, in un quadro concettuale abbastanza univoco.

Ben altra difficoltà suscitava il c.d. « protettorato coloniale », tema che ci introduce direttamente alla terza tappa del nostro esame (C). La questione non è infatti scindibile da quella più generale della occupazione, che costituisce il terreno privilegiato per analizzare la reazione della scienza giuridica di fronte alla corsa coloniale.

In contrasto con la definizione precedente di protettorato, la dottrina parlava di « pseudo-protettorati » in presenza di trattati con tribù barbare che Stati non potevano dirsi, in quanto mancavano di vera soggettività e stabilità. Si trattava di una figura posticcia che celava un'occupazione reale, effettuata senza le formalità prescritte da quella figura. Il territorio protetto si trovava in un limbo giuridico: non era percepito come entità distinta dal diritto internazionale, e non era nemmeno inglobato nel territorio coloniale dal diritto interno <sup>(341)</sup>.

---

<sup>(339)</sup> Heilborn ricorre alla consueta analogia con la capacità giuridica e di agire privatistica: « Ein Staat dagegen, welcher nicht unbeschränkt rechtsfähig oder nicht völlig handlungsfähig ist, kann auf Souveränität keinem Anspruch erheben; er ist halbsouverän » (HEILBORN, *op. cit.*, p. 48).

<sup>(340)</sup> « Ce son là les deux modes de fonctionnement de la mi-souveraineté que nous offrent les traités: on peut comparer le premier à la tutelle, le second à la curatelle, deux institutions qui supposent, on le sait, la privation de l'exercice et non de la jouissance des droits » (DESPAGNET, *Essai sur les protectorats*, cit., p. 27).

<sup>(341)</sup> « In general, it may be said that international law looks upon colonial protected territory as a part of the protecting state, and holds the latter responsible for conditions within it and for acts emanating from it; on the other hand, with respect to

L'origine di questo espediente non si comprende senza trattare della conferenza del Congo del 1885 <sup>(342)</sup>.

Ecco in breve le premesse dell'evento diplomatico. Nei primi anni Ottanta, nell'Africa sudoccidentale (l'attuale Namibia) i tedeschi erano entrati in tensione con gli inglesi che pretendevano di estendere il proprio controllo della colonia del Capo fino alla località denominata Angra Pequena invocando l'argomento della zona di influenza: nessuna potenza europea avrebbe potuto insediarsi in prossimità di una colonia britannica — sostenevano. Per parte sua, la Germania si appellava alla dottrina dell'occupazione effettiva, respingendo la pretesa di creare una sorta di « dottrina Monroe » per l'Africa a tutto beneficio inglese, *beati possidentes* di buona parte del continente. Ad avere la meglio questa volta è la Germania che ne approfitta subito per farsi paladina di un'iniziativa diplomatica mirata a porre un freno alla cupidigia coloniale britannica in nome del diritto internazionale. Nel *carnet* della conferenza che Bismarck si affrettava a preparare rientrava un po' di tutto, inclusa la questione annosa di decidere se l'occupazione effettuata da un compagnia privata valesse o meno come acquisto della sovranità a beneficio dello Stato di appartenenza <sup>(343)</sup>.

Lo statista tedesco contava di trovare un prezioso alleato nella scienza giuridica, la quale aveva pazientemente enucleato le condizioni di legittimità delle occupazioni. L'assioma da cui muoveva la dottrina nella sua vasta maggioranza era l'insufficienza del titolo della scoperta per fondare un'occupazione: « Le simple fait d'avoir été le premier à découvrir ou à visiter une île et abandonnée ensuite,

---

municipal law, colonial protectorates are usually treated as distinct from the national territory » (P.S. REINSCH, *Colonial Government*, New York, 1902, p. 111).

<sup>(342)</sup> La vicenda era nata quando, nel 1877, il comitato belga dell'Associazione internazionale africana, fondata l'anno prima, aveva deciso di indirizzare le sue attenzioni sul Congo. Per trarre profitto dalle scoperte di Stanley, veniva costituita nel 1882 l'Associazione internazionale del Congo, istituzione privata che, ricordando per certi versi la Compagnia delle Indie, stipulava trattati con i capi indigeni. Riconosciuta come suscettibile di rivestire le funzioni sovrane sui territori occupati, l'Associazione internazionale diviene ufficialmente con il Congresso di Berlino, lo « Stato libero del Congo » retto dal re dei belgi a titolo di unione personale.

<sup>(343)</sup> Per un'analisi dettagliata della vicenda, i veda ora H. WESSELING, *Le partage de l'Afrique, 1880-1914*, trad. franç., Paris, 1996, p. 140 e sgg.

semble insufficient, même de l'aveu des nations, tant qu'on n'a point laissé de traces permanentes de possession et de volonté » (344). Come condizioni per l'occupazione Gaston Jèze indicava classicamente il *territorium nullius*, l'*animus domini*, l'*apprehensio*, termini che tradivano l'origine tutta privatistica dell'istituto (345).

Convocata ufficialmente per porre fine al dissidio tra Francia, Inghilterra e Portogallo che rivendicavano diritti sul Congo (346), la conferenza di Berlino, cui prendono parte quattordici Stati, perviene a un risultato concretamente poco rilevante. È vero che il principio dell'occupazione effettiva viene solennemente conclamato (347). Ma a svuotarlo di senso sta il limite intrinseco posto alla sua applicazione, circoscritta alle sole occupazioni da effettuare *in futuro* — quelle già operate esulavano da suo ambito — oltre al fatto che le sue disposizioni concernevano le sole coste africane, con esclusione dell'entroterra. Non solo: l'art. 34 alludeva a una forma di « protettorato » *sui generis* che contraddiceva la definizione classica dell'istituto: non era più necessario per la presenza del protettorato un rapporto tra Stati, ma bastava l'esercizio di una qualche blanda autorità sulle tribù disperse di un territorio (348). Voluta dall'Inghil-

(344) G.F. de MARTENS, *Précis de droit de gens* (1788), Gottingue, 1821, p. 80.

(345) G. JEZE, *Étude théorique et pratique sur l'occupation*, Paris, 1896, p. 59.

(346) La questione della neutralizzazione del fiume Congo viene dibattuta dall'Istituto a Monaco nel 1883 su impulso di Laveleye cui rispondono gli infaticabili Travers Twiss e Moynier. In due rapporti ad essa consacrati entrambi propongono di applicare al Congo un regime simile a quello del Danubio, affidando ad una commissione internazionale il compito della supervisione. L'opinione di Travers Twiss, in particolare, era tanto più autorevole quanto rilevante sarebbe stata la parte di questo giurista alla Conferenza del Congo, dove assisterà la delegazione britannica come consigliere (*Annuaire abrégé*, cit., *session de Munich, 1883*, pp. 1150 e 1166).

(347) Art. 35: « Les Puissances signataires du présent Acte reconnaissent l'obligation d'assurer, dans les territoires occupés par elles, sur les côtes du Continent Africain, l'existence d'une autorité suffisante pour faire respecter les droits acquis et, le cas échéant, la liberté du commerce et du transit dans les conditions où elle serait stipulée ».

(348) Art. 34: « La Puissance qui dorénavant prendra possession d'un territoire sur les côtes du Continent Africain situé en dehors de ses possessions actuelles, ou qui, n'en ayant pas eu jusque-là, viendrait à en acquérir, et de même, la Puissance qui y assumera un protectorat, accompagnera l'acte respectif d'une notification adressée aux autres Puissances signataires du présent Acte, afin de les mettre à même de faire valoir, s'il y a lieu, leurs réclamations ».

terra, questa soluzione, che lasciava mano libera al più grande impero coloniale del tempo, frustrava il tentativo tedesco di limitare con regole stringenti — quelle dell'occupazione, appunto — l'accaparramento di territorio africano <sup>(349)</sup>. La conferenza — è stato detto a giusto titolo — si era limitata a dare « un coup de chapeau à la doctrine des auteurs sur l'occupation » con scarse conseguenze pratiche <sup>(350)</sup>. Come se non bastasse, insofferenti di ogni regola, gli Stati persistono in due stratagemmi ulteriori per dispensarsi da ogni fastidiosa incombenza: l'*Hinterland* <sup>(351)</sup> e la sfera di influenza, comodi espedienti che la conferenza di Berlino non riesce affatto a debellare. Accade anzi che, dopo il 1885, essi raggiungano l'acme, in quanto attraverso convenzioni bilaterali, le diplomazie s'ingegnano di conseguire gli obbiettivi strategici più ambiziosi, superando gli inevitabili conflitti nella corsa all'accaparramento delle aree residue — come insegna l'affare di Fachoda. La sfera d'influenza era per l'Africa, ciò che la concessione commerciale rappresentava per l'Asia. Così come gli insediamenti di questo secondo tipo svuotavano la sovranità dello Stato cedente senza darlo troppo a vedere, nello stesso modo la sfera d'influenza iscriveva un'ipoteca sul territorio africano senza formalità di registrazione.

Di fronte a questa evoluzione la scienza giuridica reagiva con stizza, ribadendo per lo più la sua fedeltà alla teoria dell'occupazione di matrice romanistica.

« Questi cosiddetti protettorati che sono venuti in uso nella pratica degli Stati moderni formano giuridicamente una vera mostruosità », lamentava Catellani <sup>(352)</sup>. Proprio in quanto il protettorato presuppone un vincolo contrattuale con uno Stato preesistente,

---

<sup>(349)</sup> « Dangerous definitions had been avoided, and international duties on the African coast remained such as they had hitherto been understood to be », commentava compiaciuto un diplomatico britannico alla fine della Conferenza (cit. da S.E. CROWE, *The Berlin West African Conference (1884-1885)*, London, 1942, p. 191).

<sup>(350)</sup> A. DECENCIÈRE-FERRANDIÈRE, *Essai historique et critique sur l'occupation comme mode d'acquérir les territoires en droit international*, in R.D.I.L.C., 1937, p. 638.

<sup>(351)</sup> Consiste nella creazione per via convenzionale di una zona riservata esclusivamente alla potenza che eserciti il controllo su territori adiacenti, per quanto esigui. Con l'accordo di *hinterland*, una potenza s'impegna a lasciare libero corso all'espansione dell'altra nei territori contigui ai suoi possedimenti.

<sup>(352)</sup> E.L. CATELLANI, *Le colonie e la conferenza di Berlino*, Torino, 1885, p. 591.

invocarne l'autorità su paesi abitati da sparse tribù equivale a « un'assurdità, mercé la quale si cerca di far risorgere sotto altro nome la forma antica e fittizia dell'occupazione » <sup>(353)</sup>. Ora era chiaro che la conferenza di Berlino, nel prevedere la possibilità di notificare un siffatto « protettorato » su parti del territorio africano, aveva preconstituito un comodo titolo per risuscitare sotto mentite spoglie il vecchio arbitrio della conquista: « Così quelle occupazioni effettuate per mera notificazione e scompagnate dal possesso effettivo, risorgeranno francheggiate dal carattere di legittimità internazionale per effetto di quell'atto internazionale appunto che apparentemente le condannò, ed approvò le regole che avrebbero dovuto essere destinate ad impedirle in avvenire » <sup>(354)</sup>.

La teoria dell'Hinterland non convince Bonfils: « Elle a pour résultat de consacrer dans les rapports des États contractants la pratique de l'occupation fictive. Ils n'ont pas à justifier entre eux d'une prise de possession réelle et de l'établissement d'une autorité suffisante dans la sphère ou zone réservée à leur influence » <sup>(355)</sup>. « Il processo dell'hinterland », accusa Fedozzi, « ha servito alle più strane ed esagerate pretese delle potenze coloniali, ciascuna delle quali ha spesso preteso di sottrarre all'azione delle altre un territorio vacante solo perché contiguo ad una sua colonia » <sup>(356)</sup>. Rassegnata la conclusione cui giungeva Pasquale Fiore: era inutile demonizzare *escamotages* che tutto sommato servivano a fare un pò d'ordine in un fenomeno, come il colonialismo, certo irruento, ma nondimeno utile e ineluttabile <sup>(357)</sup>. Ma almeno — aggiungeva — che non si ritenesse effettivamente stabilito con la mera notificazione un protettorato coloniale « senza che essa sia seguita da atti effettivi di sovranità e di giurisdizione da parte dello Stato protettore » <sup>(358)</sup>.

In tutto questo dibattito, i grandi assenti sembrano essere proprio i nativi, destinatari passivi di decisioni assunte altrove e

<sup>(353)</sup> *Ibidem*, p. 592.

<sup>(354)</sup> *Ibidem*, p. 630.

<sup>(355)</sup> BONFILS, *op. cit.*, p. 337.

<sup>(356)</sup> FEDOZZI, *Saggio*, cit., p. 157.

<sup>(357)</sup> P. FIORE, *Du protectorat colonial et de la sphère d'influence (Hinterland)*, in R.G.D.I.P., 1907, p. 158.

<sup>(358)</sup> FIORE, *Il diritto internazionale codificato*, cit., p. 425.

senza tenere gran conto dei loro diritti. Veniamo così al nostro ultimo punto (D).

È innegabile che il primo scrupolo dei giuristi vada alla certezza del diritto dell'occupazione, onde soffocare sul nascere germi di funeste contese tra gli Stati rivali. A questo scopo, la manifestazione di volontà della popolazione nativa retrocede in secondo piano, a puro accessorio del procedimento.

Il consenso delle popolazioni native « incivili » non era necessario per Westlake ai fini dell'occupazione, se queste popolazioni non erano in grado di esprimere un « governo » riconoscibile come tale, simile a quelli per lo più riscontrabili in Asia. Se l'assenso di un qualsiasi capo tribù fosse richiesto, l'intento ricercato dalla conferenza di Berlino sarebbe stato vanificato, ripiombando l'occupazione nel caos più totale. « Any such principle, had it been adopted, would have tended to defeat one of the chief objects of the conference, namely to avoid collisions between its members by regulating more clearly their mutual position on the African coast » <sup>(359)</sup>. Le popolazioni « incivili » non hanno quindi diritti da opporre all'occupante, ma debbono rimettersi alla sua coscienza. Il diritto internazionale « leaves the treatment of the natives to the conscience of the state to which the sovereignty is awarded » <sup>(360)</sup>. Non meno eloquente la posizione del suo connazionale Holland: « International Law does not, in any case, consider the consent of the uncivilised inhabitants necessary to the validity of the claims asserted by a civilised Power to their territory ». Persino quando il territorio è acquistato con un contratto dalla popolazione autoctona, questo acquisto « is, for International purposes, said to be a fiction » <sup>(361)</sup>.

I giuristi continentali sono meno brutali nella forma, ma altrettanto chiari nella sostanza.

Alla domanda se e quando il territorio potesse considerarsi *nullius*, Jèze risponde che laddove mancasse « l'apparence d'une organisation politique, c'est-à-dire de l'existence d'un État » <sup>(362)</sup>,

---

<sup>(359)</sup> *The Collected Papers of John Westlake on International Law*, ed. by L. OPPENHEIM, Cambridge, 1914, pp. 141-142.

<sup>(360)</sup> *Ibidem*, p. 145.

<sup>(361)</sup> HOLLAND, *Lectures on International Law*, cit., p. 118.

<sup>(362)</sup> JÈZE, *Étude théorique*, cit., p. 120.



l'occupazione sarebbe possibile, in quanto non vi è titolare di sovranità. Formalmente più rispettosa dei diritti dei nativi è la distinzione suggerita da Deherpe tra territorio *nullius*, ovvero disabitato, e territorio vacante, ossia popolato da tribù indigene, il cui assenso deve essere acquisito mediante trattato <sup>(363)</sup>. Il risultato peraltro non cambiava, posta l'irrilevanza internazionale di siffatti accordi: « Si, vis-à-vis des indigènes, la justification de la prise de possession et l'acquisition de la propriété résultent de l'accord fait avec eux, le titre juridique de l'Etat occupant, dans ses relations avec les autres membres de la communauté internationale, sera tout autre, puisé dans l'occupation, c'est-à-dire originaire » <sup>(364)</sup>. Per nulla più liberale la classificazione proposta dall'italiano Trione che scevera i popoli « semibarbari » dalla « tribù selvagge ». I popoli semibarbari « devono considerarsi come persone del gran diritto internazionale » <sup>(365)</sup> e pertanto « vi dovrà essere acquisto derivativo » ogni qualvolta si tratti di territori loro appartenenti; se invece, « si ha la presenza di semplici tribù selvagge, prive di qualsiasi organizzazione politica, diretta da un'autorità che si elevi al di sopra dei singoli membri, in modo da rappresentarli validamente, potrà effettuarsi l'*occupatio* » <sup>(366)</sup>. In questo secondo caso, precisa Trione, non sarà necessario il consenso delle tribù che, non disponendo della sovranità, non potrebbero nemmeno cederla. Il contratto stipulato con il capo indigeno serve solo da prova documentale dell'avvenuta occupazione rispetto alle altre potenze europee. Unico limite a salvaguardia dei nativi è il riconoscimento dei loro diritti di proprietà.

Eccezioni a parte <sup>(367)</sup>, e con queste sfumature, la dottrina tendeva quindi ad ammettere che territori abitati da tribù selvagge fossero suscettibili di occupazione. Per escluderlo non si acconten-

---

<sup>(363)</sup> L. DEHERPE, *Essai sur le développement de l'occupation en droit international*, Paris, 1903, pp. 74-75.

<sup>(364)</sup> *Ibidem*, p. 81.

<sup>(365)</sup> TRIONE, cit., p. 29.

<sup>(366)</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>(367)</sup> Un caso citato dalla dottrina inglese, è quello dei Maori della Nuova Zelanda di cui si sostiene che fossero considerati come soggetti di diritto internazionale fino al 1840, data della sottomissione alla Gran Bretagna (H.A. SMITH, *Great Britain and the Law of Nations*, London, 1932, v. I, pp. 30-33).

tava generalmente di forme seppure rudimentali di organizzazione politica che eccedessero la mera dispersione tribale, ma esigeva uno standard di civiltà sufficientemente avanzato <sup>(368)</sup>. Negato che le popolazioni « incivili » detenessero la sovranità sulle terre che abitavano, si ammetteva invece che disponessero di diritti di proprietà, quantunque in presenza di vaste proprietà collettive fosse contemplata la possibilità di sottrarne ai loro fruitori l'eccedenza <sup>(369)</sup>. « L'esistenza di una popolazione impedirà o limiterà l'esercizio del diritto d'occupazione nei riguardi della proprietà da parte dei privati, ma non già in quelli della sovranità da parte dello Stato » <sup>(370)</sup>. La presa di posizione dell'*Institut* nel 1888 alla sessione di Losanna sull'occupazione dei territori è indicativa della riluttanza dei giuristi a dare rilievo internazionale ai trattati stipulati con i capi indigeni. Essa taceva volutamente sulla questione decisiva della necessità e del valore di questi accordi. « Comment serait-il possible de régler ainsi complètement l'attitude des puissances à l'égard des tribus sauvages? » aveva chiesto scettico Von Bar: come risposta, l'assemblea decideva di soprassedere <sup>(371)</sup>. Più pragmatici dei giuristi i governi, nella loro prassi di espansione coloniale, preferivano presupporre l'esistenza di un diritto di sovranità nei capi-tribù locali, da cui si facevano cedere il titolo ad evitare ogni contestazione <sup>(372)</sup>.

Se è incontrovertibile che i riflettori della scienza fossero puntati sulle cancellerie europee più che sui nativi, ciò non significa che i diritti di questi ultimi non attirino una crescente considerazione. Sarebbe errato considerare pura ipocrisia la presentazione degli indigeni come « minori » meritevoli di cure paterne. « Pour la première fois, il y a

---

<sup>(368)</sup> M.F. LINDLEY, *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law*, London, 1926, p. 20.

<sup>(369)</sup> *Ibidem*, p. 353.

<sup>(370)</sup> CATELLANI, *Le colonie e la conferenza di Berlino*, cit., p. 580.

<sup>(371)</sup> Martitz aveva proposto di definire *territorium nullius* ogni regione, abitata o non, che non fosse sotto la sovranità di uno Stato appartenente alla « communauté du droit des gens ». A sua volta, Engelhardt aveva proposto un articolo nel quale si raccomandava la diffusione della pratica degli accordi con i capi indigeni. Entrambe le proposte vengono giudicate insidiose e come tali respinte, in quanto sollevavano questioni definitorie tra le più delicate (*Annuaire abrégé*, cit., *session de Lausanne, 1888*, pp. 707-715).

<sup>(372)</sup> LINDLEY, *op. cit.*, p. 46.

deux ans » — dice Engelhardt riferendosi alla conferenza di Berlino — « la situation juridique de ces peuples a fait l'objet de délibérations internationales » <sup>(373)</sup>. Certo, la conferenza del Congo era stata concentrata sul problema tipicamente europeo di regolare la convivenza in Africa delle potenze coloniali e le questioni umanitarie avevano occupato solo marginalmente i lavori dei plenipotenziari <sup>(374)</sup>. Non-dimeno, questa grande conferenza diplomatica aveva segnato una tappa importante, riconoscendo il principio dell'obbligo da parte delle potenze occidentali di proteggere i nativi e di favorirne lo sviluppo <sup>(375)</sup>.

Si levano anche le prime voci critiche verso l'indifferenza dell'amministrazione coloniale europea. Per Hornung « on commence à comprendre tout ce que la civilisation fait souffrir à une tribu barbare en lui ôtant cette liberté qui est son unique trésor ». « La tutelle internationale n'est pas organisée » <sup>(376)</sup> in quanto l'Occidente cristiano non aveva assunto il ruolo di tutore dei popoli barbari. E, tuttavia — egli confidava — « cette idée est dans l'air ».

In effetti, proprio in quegli anni si fa strada timidamente il principio della responsabilità dei popoli civili per la « guardianship » dei loro « pupilli » che sarà, dopo la guerra, la spina dorsale del sistema dei Mandati sotto la Società delle Nazioni <sup>(377)</sup>. L'opinione pubblica più sensibile alla propaganda religiosa in favore dei « popoli barbari » riteneva sinceramente che il risvolto dello spossamento dei diritti politici dovesse consistere in un'accresciuta

<sup>(373)</sup> Éd. ENGELHARDT, *Étude sur la déclaration de la Conférence de Berlin relative aux occupations*, R.D.I.L.C., 1886, p. 578.

<sup>(374)</sup> CROWE, *op. cit.*, p. 103.

<sup>(375)</sup> Art. 6: « Toutes les Puissances exerçant des droits de souveraineté ou une influence dans lesdits territoires s'engagent à veiller à la conservation des populations indigènes et à l'amélioration de leurs conditions morales et matérielles d'existence et à concourir à la suppression de l'esclavage et surtout de la traite des noirs; elles protégeront et favoriseront, sans distinction de nationalités ni de cultes, toutes les institutions et entreprises religieuses, scientifiques ou charitables créées et organisées à ces fins ou tendant à instruire les indigènes et à leur faire comprendre et apprécier les avantages de la civilisation (...) ».

<sup>(376)</sup> J. HÖRNING, *Civilisés et barbares*, in R.D.I.L.C., 1885, p. 543.

<sup>(377)</sup> Cfr. A.H. SNOW, *The Questions of Aborigines in the Law and the Practice of Nations*, New York, 1921, p. 362. Un precedente importante in tal senso era quello del trattamento degli indiani di America, assimilati anch'essi a « pupilli ».

protezione. La risoluzione dell'*Institut* ne è lo specchio laddove enuncia il principio del rispetto dei diritti indigeni, proprietà inclusa; ribadisce il dovere di combattere la schiavitù e di limitare la circolazione di alcolici; enfatizza l'obbligo per la potenza occupante di provvedere alla protezione delle popolazioni, alla loro educazione e benessere (art. 6) <sup>(378)</sup>.

#### 4. *Pensiero giuridico e grande diplomazia*

##### 4.1. *Metamorfosi dell'intervento*

La missione più ardua per il diritto internazionale attende ancora la sua parte di attenzione. Essa comincia là dove finisce la terraferma delle solide definizioni giuridiche e s'incontrano i flutti agitati della grande diplomazia. È qui, in questa zona di confine, che si gioca la causa della pace e il pensiero giuridico è sottoposto allo sforzo maggiore. Dal Congresso di Vienna in poi le relazioni internazionali avevano prosperato all'ombra di un'istituzione molto rispettata seppure dai lineamenti quantomai sfuggenti: il Concerto europeo.

Il Concerto era stato pensato come meccanismo per controllare le rivalità fra le grandi potenze al servizio dell'equilibrio europeo, percepito come valore in sé, oltre che come principio primo di un approccio realistico alla politica internazionale. La sua funzione non era solo quella preventiva di evitare i conflitti, ma anche positiva di mantenere l'ordine nel mutamento dei rapporti di forza e dei confini. Le grandi potenze si riconoscevano mutualmente il privilegio e il corrispondente onere di gestire le relazioni internazionali, secondo un modulo collegiale, seppure non istituzionalizzato <sup>(379)</sup>. Il Concerto preservava l'equilibrio ma, come qualità organizzativa, andava oltre la caotica *Balance of Power* settecentesca che, lasciata a

---

<sup>(378)</sup> J.B. SCOTT, *Resolutions of the Institute of International Law*, New York, 1916, pp. 87-88.

<sup>(379)</sup> « The Concert of Europe was a conscious process of regulating Great Power behaviour by requiring that it should be conducted within the terms of the 'formal and common consent' formula. It was, in that sense, a contribution to order, in the sense of an agreed process, if not to the substantive goal of peace » (I. CLARK, *The Hierarchy of States*, Cambridge, 1989, p. 125).

se stessa, aveva provato tutta la sua pericolosità <sup>(380)</sup>. Ogni mutamento territoriale richiedeva la formale sanzione delle grandi potenze: questo il principio cardine dell'organismo voluto dalla diplomazia europea. Il Concerto aveva vissuto diverse fasi: quella 'classica' dal 1815 al 1822 della coesione postnapoleonica; un periodo di cooperazione meno strutturata tra il 1822 e il 1854 cui segue un intervallo conflittuale che dura fino al 1870; il *Bismarckzeit* che va dal 1870 al 1890, percorso da tensioni che, grazie al polso dello statista, non degenerano in scontro; per finire con gli anni della crisi, dal 1890 al 1914, contraddistinti dal crescente bipolarismo tra alleanze contrapposte, in luogo del tradizionale pluralismo <sup>(381)</sup>.

Non stupisce che uno storico austriaco, ripercorrendo il bilancio del Concerto europeo, abbia potuto affermare che sul versante delle iniziative collettive il confronto con la Società delle Nazioni non era a sfavore del primo <sup>(382)</sup>.

Chi passi in rassegna le date e gli eventi di questo lungo itinerario rimane in effetti colpito dal numero e, in più di un caso, dall'efficacia dell'azione intrapresa dalle grandi potenze. Dopo il sinistro esordio della Santa Alleanza, che sembrava segnare di un marchio negativo lo stesso termine d'intervento, si assiste ad un'articolazione crescente delle tipologie d'azione che vanno dalla classica operazione di stabilizzazione internazionale all'ammissione di un « intervento umanitario ».

Un esempio poco noto del primo tipo è l'azione a Creta nel 1897, quando Inghilterra, Francia Italia e Russia sbarcano un corpo di spedizione internazionale in seguito all'occupazione illegittima dell'isola, sotto dominio ottomano, da parte di forze greche.

---

<sup>(380)</sup> « The Concert derived from the common realization of European statesmen of the Napoleonic era that something new and different must be devised to mitigate the increasingly chaotic and warlike balance-of-power system of the previous century » (Elrod, citato con approvazione da I. CLARK, *op. cit.*, p. 116).

<sup>(381)</sup> M. SHEEHAN, *The Balance of Power. History and Theory*, London and New York, 1996, p. 122.

<sup>(382)</sup> « Hinsichtlich der Anwendung und erfolgreichen Handhabung von Kollektivmaßnahmen und Kollektivsanktionen fällt der Vergleich zwischen dem Europäischen Konzert und den im Völkerbund führenden Mächten nicht zugunsten des Völkerbundes aus » (S. VEROSTA, *Kollektivaktionen der Mächte des Europäischen Konzerts (1886-1914)*, Wien, 1988, p. 211).

Più interessanti, in quanto accentuatamente « moderni », i casi d'intervento umanitario.

Già nel 1827 l'intervento in Grecia era stato, almeno in parte, motivato da ragioni umanitarie; ma è solo nella seconda metà del secolo che esso diviene frequente nella sua configurazione più pura.

Esso finisce per essere generalmente ammesso dalla prassi diplomatica a tutela di un culto, di minoranze etniche e religiose. Un episodio particolarmente eclatante è quello dell'opera svolta dalle potenze europee, guidate dalla Francia, a tutela delle minoranze cristiane in Libano e Siria. Con un trattato del 1860 la Porta aveva consentito alla presenza di un corpo di spedizione europeo a protezione delle comunità Maronite, massacrate a migliaia dai Drusi senza che le autorità ottomane adottassero alcuna misura preventiva. In seguito a reiterate manifestazioni d'intolleranza e repressione nei confronti delle minoranze in Bosnia-Erzegovina e Bulgaria (1875-1877) il Trattato di Berlino del 13 luglio 1878 aveva imposto alla Porta un controllo permanente del Concerto europeo sull'amministrazione interna di queste province, prevedendo esplicitamente la possibilità di un'azione internazionale per tutelare i diritti e la libertà religiosa delle comunità cristiane. Altri interventi di minore portata, sotto forma di passi diplomatici, erano stati compiuti in favore degli ebrei di Romania da parte dei governi britannico e francese (1867) <sup>(383)</sup>.

Questa, molto in sintesi, la situazione sul versante della prassi diplomatica. Guardando ora dalla parte della dottrina è giocoforza constatare che, per quanto l'intervento fosse il mezzo abituale di manifestazione dell'autorità del Concerto europeo, essa incontrava notevoli difficoltà a concettualizzarlo.

Controversi erano i casi, l'estensione, le modalità del suo esercizio legittimo. Posto che la « non-interferenza » era la regola e l'intervento l'eccezione, l'ostacolo nasceva nella determinazione concreta della sua ammissibilità <sup>(384)</sup>. Nella prima metà del secolo accadeva ancora di imbattersi in autori come Heffter che ammettevano l'intervento con una grande latitudine in ossequio al principio

---

<sup>(383)</sup> E.C. STOWELL, *Intervention in International Law*, Washington, 1921, p. 67.

<sup>(384)</sup> Cfr. P.H. WINFIELD *The History of Intervention in International Law*, in *British Year Book of International Law*, 1922-23, Oxford, p. 130 e sgg.

dell'ordine europeo: « Les nations qui admettent entre elles l'existence d'un droit commun et qui se proposent l'entretien d'un commerce réciproque fondé sur les principes de l'humanité, ont incontestablement le droit de mettre, d'un consentement commun, un terme à une guerre intestine qui dévore un ou plusieurs pays » <sup>(385)</sup>. Per reazione a questa inquietante dilatazione — una sorta di cambiale in bianco al Concerto europeo — autori come Pradier-Fodéré decretavano all'opposto l'inammissibilità dell'intervento, bollato come « atteinte à l'indépendance des États » quando anche fosse dettato da motivi umanitari <sup>(386)</sup>. L'intervento era considerato legittimo dalla dottrina più ortodossa al solo scopo di autotutela degli Stati; pertanto, là dove non vi era interesse non poteva darsi alcuna violazione della sovranità altrui — il primo diritto fondamentale. Alla fine del secolo non sono frequenti confessioni franche come quelle di un Lassa Oppenheim che riteneva ancora legittimo l'intervento in nome della « balance of power » in quanto « an equilibrium between the members of the Family of Nations is an indispensable condition of the very existence of International Law » <sup>(387)</sup>.

Se incerta era la collocazione dell'intervento strategico, a tutela dell'equilibrio, che spazio poteva concedersi a un intervento qualificato come « umanitario »?

Tutto opposto appariva il suo fondamento rispetto all'intervento classico in quanto non vi era necessità di un pregiudizio per giustificare la violazione della sovranità altrui: anzi, per definizione, l'azione umanitaria era disinteressata <sup>(388)</sup>. Tema quindi dibattutissimo quello dell'ammissibilità di tale categoria di interventi. I positivisti più rigorosi rifiutavano una teoria che rompeva l'uguaglianza

<sup>(385)</sup> HEFFTER, *op. cit.*, p. 111.

<sup>(386)</sup> PRADIER-FODÉRÉ, *op. cit.*, p. 663.

<sup>(387)</sup> OPPENHEIM, *International Law*, cit., t. I., p. 185.

<sup>(388)</sup> « Suivant cette doctrine, chaque fois que les droits humains d'un peuple seraient méconnus par ses gouvernants, un ou plusieurs pourraient intervenir au nom de la Société des nations, soit pour demander l'annulation des actes de puissance publique critiquables, soit pour empêcher à l'avenir le renouvellement de tels actes, soit pour suppléer à l'inaction du gouvernement en prenant des mesures conservatoires urgentes, et en substituant momentanément leur souveraineté à celle de l'État contrôlé » (A. ROUGIER, *La théorie de l'intervention d'humanité*, in R.G.D.I.P., 1910, p. 472).

degli Stati, introducendo una limitazione alla sovranità in nome di un principio vago e ambiguo come quello umanitario. Si ribadiva che la regola del non-intervento era il corollario necessario dell'indipendenza degli Stati sovrani. Inoltre per il diritto internazionale esistevano solo Stati e non popoli o nazioni: immischiarsi tra governanti e governati in nome dell'interesse di questi ultimi suonava quindi come una mostruosità giuridica. È significativo che un Oppenheim ceda di fronte alla ragion di Stato, ammettendo l'intervento classico, ma arretri al cospetto dell'intervento umanitario, della cui legittimità dubita <sup>(389)</sup>.

Pura ipostasi della sovranità — replicavano i fautori della sua ammissibilità. Premesso che gli Stati non erano affatto indipendenti nella misura assoluta che si pretendeva, non si vedeva perché l'ingerenza sotto forma di un protettorato imposto a suon di cannonate fosse più tollerabile dell'intervento umanitario. Impedire a un tiranno di massacrare i suoi sudditi non era certo « interferire » con la sovranità poiché questo *imperium* aveva già perso la sua legittimità. Il potere statale è una contropartita dell'obbligo di assicurare l'osservanza dei diritti umani; contravvenirvi equivale a perdere il titolo al rispetto altrui. Che fosse il vecchio diritto naturale o il *droit humain* preconizzato dai liberali Arntz e Rolin-Jaequemyns o ancora la *solidarité* dell'astro nascente Duguit il risultato non mutava: esisteva un principio superiore alla volontà sovrana che questa non poteva impunemente trasgredire; tale principio imponeva che fosse osservato un « ordre légal » nel rapporto degli Stati con i loro sudditi, riassunto in tre diritti: alla vita, alla libertà, alla legalità. Diritti, si dirà, troppo vaghi nella loro genericità per escludere l'uso distorto dell'intervento umanitario: il caso della guerra tra Spagna e USA per Cuba ne era eloquente ammonimento. È vero: ma gli autori hanno cura di aggiungere una garanzia procedurale, individuata nella natura collettiva dell'intervento. « En Europe, c'est au concert européen exclusivement qu'il appartient de pratiquer l'intervention d'humanité vis-à-vis des autres États: la forme de cette intervention sera donc nécessairement collé-

---

<sup>(389)</sup> OPPENHEIM, *International Law*, cit., p. 186.



giale»<sup>(390)</sup>. Come dice Rivier spetta all'insieme degli Stati di intervenire in quanto «l'ensemble des États, représentant la société humaine, est lésé»<sup>(391)</sup>. Questa regola non andava intesa tuttavia quale *conditio sine qua non*, più per ragioni pratiche in verità — la possibile indisponibilità degli altri Stati a prestarsi all'intervento — che teoriche<sup>(392)</sup>. «Fondée sur le respect des lois de l'humanité, l'action est ouverte à tous ceux qui se croient qualifiés pour parler au nom de celles-ci à la façon d'une *actio popularis*»<sup>(393)</sup>. A seconda del grado di civiltà del paese che subiva l'intervento questo avrebbe potuto limitarsi a una mera sollecitazione diplomatica fino a spingersi, nei casi più gravi, al punto di imporre una tutela permanente, come è il caso dei domini della Porta nei Balcani o in Libano.

#### 4.2. *Dottrina Monroe*

Se l'Europa era la culla dell'intervento, l'America lo era del non-intervento. La dottrina Monroe, risalente come ben noto alla dichiarazione dell'omonimo presidente nel 1823, nella sua interpretazione originale intendeva mettere al riparo l'ancora fragile repubblica americana dalle ambizioni dei potenti vicini coloniali europei. E tale era restato il suo scopo fino agli anni Novanta del secolo, attirando i distratti commenti dei giuristi europei, appena sfiorati da quella che appariva una pura curiosità diplomatica.

Il mutamento di rotta avviene con la presidenza Cleveland, che inaugura una stagione di forte protagonismo in politica estera di un paese in piena espansione economica e ormai conscio delle sue potenzialità<sup>(394)</sup>.

<sup>(390)</sup> ROUGIER, *op. cit.*, p. 508.

<sup>(391)</sup> RIVIER, *op. cit.*, t. I, p. 403. Nello stesso senso Fiore: «L'ingerenza collettiva deve reputarsi una forma di tutela giuridica del Diritto internazionale e deve essere reputata legittima soltanto quando sia il caso di tutelare o ripristinare l'autorità del diritto comune violata da uno o più Stati». Esempi di queste violazioni sono quelli in cui lo Stato non mantenga gli impegni assunti, «se rifiuti di prendere in considerazione i giusti reclami degli stranieri», nonché «se eserciti i suoi poteri sovrani conculcando i principi della giustizia e creando uno stato di cose veramente anormale» (FIORE, *Il diritto internazionale codificato*, cit., pp. 266 e 269).

<sup>(392)</sup> STOWELL, *op. cit.*, p. 285.

<sup>(393)</sup> ROUGIER, *op. cit.*, p. 478.

<sup>(394)</sup> Cfr. A. AQUARONE, *Le origini dell'imperialismo americano*, Bologna, 1973.

Le prime avvisaglie del nuovo corso si manifestano con la brusca inframmettenza americana nella controversia tra Venezuela e Gran Bretagna a proposito dei confini della Guyana nel 1895. A dispetto dei consigli di moderazione dell'internazionalista John Bassett Moore, che conosceva bene portata e valore giuridico della dottrina, l'amministrazione Cleveland non esita a rischiare lo scontro con la Gran Bretagna per arrestare l'«aggressione» contro il Venezuela<sup>(395)</sup>. Washington riesce ad avere la meglio, imponendo agli inglesi l'arbitrato nel bel mezzo della riprovazione europea che si esprime — giuristi in testa — in un coro unanime, da cui si staglia la voce possente di Bismarck (che si scomoda dal suo ritiro per tuonare contro tanta «insolenza diplomatica») (396).

Per nulla intimidita dai malumori europei, un'America fiduciosa nel suo «destino manifesto» porta a compimento la conversione della dottrina in quello che appariva il suo esatto opposto.

Nel messaggio annuale del 1905 Theodore Roosevelt capovolge il senso della dichiarazione che, da principio del non-intervento, si tramuta in legittimazione dell'ingerenza nordamericana a tutto campo nel continente. Qualora gli Stati sudamericani — questo diceva in sostanza Roosevelt — non fossero riusciti a onorare gli impegni internazionali per propria incoscienza o inefficienza gli Stati Uniti si sarebbero sentiti in diritto d'intervenire «in the interest of peace as well as in the interest of justice» (397). Dittatori e rivoluzionari erano avvertiti e alle parole seguono presto i fatti: dopo la messa sotto tutela di Santo Domingo e il protettorato su Panama, nel 1912 si aggiunge l'invio del primo contingente di soldati USA nel ribelle Nicaragua.

Nel frattempo, gli europei avevano potuto constatare in via ufficiale quale importanza gli USA annettessero alla famigerata dottrina. Alle due Conferenze dell'Aja, i rappresentanti nordamericani avevano sconcertato i loro colleghi con una riserva politica generale di tale intensità da non avere paragoni nelle dichiarazioni di

(395) D. PERKINS, *Hands Off. A History of the Monroe Doctrine*, Boston, 1948, p. 179.

(396) Un'«usurpazione» e un «principio arbitrario inventato» la definisce a sua volta Ludwig von Bar (*Ibidem*, pp. 187 e 208).

(397) W. LAFEVER, *The American Search for Opportunity, 1865-1913*, in *The Cambridge History of American Foreign Relations*, Cambridge, 1993, p. 199.

qualsiasi altra delegazione <sup>(398)</sup>. L'imbarazzo dei diplomatici statunitensi era giustificato <sup>(399)</sup>. Dopo tante professioni di internazionalismo legalista, l'impegno a favore della dottrina Monroe stonava clamorosamente, giustificando l'insofferenza degli Europei per le reiterate declamazioni oratorie in sostegno delle procedure giudiziarie internazionali <sup>(400)</sup>.

Da quel momento in poi i commenti più caustici si susseguono nelle riviste giuridiche: la stura è data a un'insofferenza a lungo trattenuta. La dottrina Monroe? « Elle signifie bien l'Amérique aux Américains, mais avec le sous-entendu redoutable pour les Américains du Sud et pour les colonies européennes du Nouveau-Monde que les citoyens de l'Union sont par leur nombre et leur richesse devenus en réalité les seuls Américains » <sup>(401)</sup>. Gli americani si oppongono agli europei in America del Sud e spadroneggiano nelle Filippine: « La doctrine de Monroe est excellente à opposer aux tiers, elle est détestable quand on l'oppose aux États-Unis eux-mêmes » <sup>(402)</sup>. Gli Stati Uniti hanno imposto agli inglesi l'arbitrato con il Venezuela; ma nella commissione arbitrale gli americani hanno preso il posto dei diretti interessati. Evidentemente: « Les États-Unis se faisaient ainsi reconnaître comme les dispensateurs souverains du sol américain, et à la formule négative de Monroe: *pas d'Européens en Amérique*, ils substituaient un texte positif: *toute l'Amérique aux Yankees* » <sup>(403)</sup>.

L'irritazione degli studiosi europei per questa plateale ipocrisia

<sup>(398)</sup> La dichiarazione affermava che nulla di quanto contenuto nella Convenzione per la soluzione pacifica delle controversie internazionali poteva indurre gli USA « to depart from its traditional policy of not entering upon, interfering with, or entangling itself in the political questions or internal administration of any foreign state » o ad abbandonare « its traditional attitude towards purely American questions ». John Bassett Moore considerava l'accettazione della dichiarazione da parte delle altre Potenze come il segno del riconoscimento della Dottrina « as a limitation upon the extensions of European power and influence on the American continents » (*The Principles of American Diplomacy*, New York, (1905), 1918, p. 261).

<sup>(399)</sup> SCOTT, *The Hague Peace Conferences*, cit., p. 80.

<sup>(400)</sup> DAVIS, *The United States and the Second Hague Peace Conference*, cit., p. 286.

<sup>(401)</sup> M. de BEAUMARCHAIS, *La doctrine de Monroe*, Paris, 1898, p. 229.

<sup>(402)</sup> M. MOYE, *L'impérialisme américain et la doctrine de Monroe*, in R.G.D.I.P., 1905, p. 197.

<sup>(403)</sup> *Ibidem*, p. 199.

si accresce di giorno in giorno. « Si l'Europe avait jamais été tenté de fléchir le genou devant la doctrine de Monroe », insorge Desjardins, « cette nouvelle explosion du jingoisme américain serait faite pour la détourner d'une semblable résignation »<sup>(404)</sup>. La dottrina Monroe, ripete Julien Laferrière, è divenuta una copertura ideologica di comodo per l'imperialismo americano che la stravolge al fine di giustificare il proprio espansionismo e ne estende il contenuto per tenere gli europei fuori dal continente americano. Gli Stati Uniti partecipano ai dibattiti europei e conquistano territori; ma non tollerano che alcuno ponga piede sul continente americano, sottoposto a « une sorte de protection de fait »<sup>(405)</sup>. Si arriva persino al punto che il Senato americano, per bocca del temibile senatore Lodge, consideri contrari alla Dottrina anche gli insediamenti economici stranieri concordati con gli Stati sudamericani. Altro che protezione contro l'ingerenza! « Elle n'est plus l'application du principe de non-intervention au droit international; elle est même le contraire; elle aboutit à instituer un droit d'intervention au profit exclusif des États-Unis »<sup>(406)</sup>. Se persino le iniziative commerciali straniere in territorio sudamericano impensierivano il Senato al punto di indurlo a diffidarne i promotori, che cosa restava della sovranità degli Stati sudamericani? Gli USA intendono rivendicare un protettorato sugli Stati sudamericani; che allora ne assumano anche gli oneri, rincara Basdevant. L'intervento americano nel conflitto tra Italia, Germania e Inghilterra da una parte e Venezuela dall'altra, aveva segnato « une nouvelle et importante étape dans le développement de la Doctrine de Monroe ». Se gli USA si ostinavano a invocare la dottrina per intralciare qualsiasi azione di forza, anche la più legittima, gli Stati europei insoddisfatti avrebbero potuto chiedere loro conto delle inadempienze di pupilli così inaffidabili<sup>(407)</sup>. E via di seguito, in un fronte di rara compattezza nel

---

<sup>(404)</sup> A. DESJARDINS, *La doctrine de Monroe*, in R.G.D.I.P., 1896, p. 162.

<sup>(405)</sup> J. LAFERRIÈRE, *L'impérialisme aux États-Unis et la doctrine de Monroe*, in R.G.D.I.P., 1906, p. 246.

<sup>(406)</sup> J. LAFERRIÈRE, *La résolution Lodge et la doctrine de Monroe*, in R.G.D.I.P., 1913, pp. 568-569.

<sup>(407)</sup> J. BASDEVANT, *L'action anglo-germano-italienne contre le Vénézuéla (1902-1903)*, R.G.D.I.P., 1904, p. 449.

quale la voce del giurista francese si mescola e confonde con quella del tedesco, non meno avverso a un monito tanto arbitrario (408).

Avviene persino che tra gli stessi studiosi americani serpeggi un crescente disagio, tanto per l'indeterminatezza della dottrina, che andava perdendo i suoi contorni originali, quanto per l'ostinazione del Senato USA a farsene scudo ogniqualvolta fossero in gioco interessi nazionali (409). Le rassicurazioni di Eilhu Root, giurista di rango e figura di spicco a Washington, sulla fedeltà della diplomazia americana alle sue origini non convincevano più nessuno (410).

Il punto era che l'America diveniva in quegli anni teatro dell'avvento di una supremazia continentale incontrastata di cui gli europei erano impotenti e rancorosi spettatori. Mentre il Vecchio Continente si dibatteva nel dilemma tra l'equilibrio sempre più precario e un'egemonia da conquistare a prezzo di un'ecatombe, quello americano aveva risolto in modo duraturo questo problema vitale.

#### 4.3. *Il tramonto del Concerto europeo*

Agli inizi del secolo, si tendeva a guardare con una certa nostalgia ai giorni gloriosi del Concerto europeo, alla sua informale e realistica capacità di conciliare sicurezza e mutamento: « *Syndicat intermittent d'intérêts, expédient politique, impuissant à corriger les*

---

(408) Per Herbert Kraus, che dedica alla questione una corposa monografia, la dottrina Monroe era sicuramente contraria al diritto internazionale quando pretendeva di interdire qualsiasi incremento di potere di Stati non-americani in America anche dove gli interessi USA non fossero minacciati — « *wo deren Eingreifen nicht zur Abwehr einer ihrem unverletzten Bestande drohenden unmittelbaren Gefahr erforderlich erscheint* » (H. KRAUS, *Die Monroedoktrin*, Berlin, 1913, p. 400).

(409) « So indefinite has it become in consequence of our country's attempt to make it apply to every new international emergency that no jurist or publicist outside of our country can satisfactorily define it; and it is much to be doubted if we can do so ourselves » (W.I. HULL, *The Monroe Doctrine: National or International?*, in *Proceedings of the American Society of International Law at its Eighth Annual Meeting held at Washington, D.C., april 22-25, 1914*, Washington, D.C., 1914, p. 166).

(410) « The scope of the doctrine is strictly limited. It concerns itself only with the occupation of territory in the New World to the subversion or exclusion of a pre-existing American government. It has not otherwise any relation to the affairs of either American or European states » (E. ROOT, *The Real Monroe Doctrine*, in *Addresses on International Subjects*, Cambridge, 1916, p. 117).

défauts des hommes, apte seulement à en atténuer les effets, il ne peut que faciliter des compromis entre des forces contraires (...) on ne saurait toutefois méconnaître, sans manquer à l'impartialité, que prise dans son ensemble, l'action du concert européen a été favorable au maintien de la paix et qu'elle s'est exercée dans le sens de la modération » (411). Ora questa ragionevolezza ed elasticità al servizio dell'equilibrio s'irrigidivano e si atrofizzavano in un processo che sembrava irreversibile.

Sintomo rivelatore della crisi, è la pressione sulla neutralità permanente degli Stati-cuscinetto, tradizionale caposaldo dell'equilibrio europeo. Ad essere presa di mira è, come intuibile, la neutralità belga, fondata convenzionalmente nel periodo del massimo splendore del Concerto europeo (1839).

Nel tempo degli schieramenti bipolari, questa zona franca diveniva un pericoloso ingombro, un'inquietante variabile per cancellerie e stati maggiori ossessionati dal battere sul tempo potenziali avversari sul filo della mobilitazione generale (412). I giuristi direttamente interessati non tardano a tirare le conseguenze di questo mutamento di atmosfera, rivendicando per lo Stato a neutralità permanente il diritto di « colpire per primo » in caso di minaccia alla propria integrità.

Rivier, apprezzato internazionalista della scuola positiva, tiene a precisare nel suo manuale che la neutralità permanente non comportava affatto la rinuncia alla guerra offensiva: « Nul ne doute que la Suisse et la Belgique ne puissent, ne doivent se défendre les armes à la main. Voudroit-on leur refuser le droit de prendre l'offensive? (...). L'État qui prévoit une attaque, peut et doit, s'il en a les moyens

---

(411) Ch. DUPUIS, *Le principe de l'équilibre et le Concert européen de la paix de Westphalie à l'acte d'Algéciras*, Paris, 1909, pp. 503 e 507.

(412) Non senza qualche fondamento, il capo di stato maggiore tedesco Schlieffen lamentava l'ambiguità dell'atteggiamento belga: « Il Belgio si considera neutrale, ma non lo è affatto. Ha trasformato Liegi e Namur in potenti fortezze per impedire alla Germania di entrare nel suo territorio, ma ha lasciato aperti i confini verso la Francia ». In effetti, lo Stato maggiore francese, dopo aver preso in considerazione l'ipotesi di intervento preventivo in Belgio, aveva finito per escluderlo, onde evitare di alienarsi il sostegno della Gran Bretagna, tradizionale garante della neutralità belga (G.E. RUSCONI, *Rischio 1914. Come si decide una guerra*, Bologna, 1987, p. 124).

et si c'est utile, prendre les devants » (413). Stessa valutazione nel manuale del belga Nys per il quale « nul motif juridique n'empêche l'État à neutralité permanente de décider et de faire la guerre, de renoncer au principe de la neutralité ». Stato sovrano come gli altri, quello a neutralità permanente non può abdicare alla prerogativa della guerra senza negare questa stessa identità — di Stato sovrano, appunto (414). Sostenuta dai militari belgi, frustrati dalla necessità di dover attestarsi comunque sulla difensiva, questa dottrina viene confutata da una parte dell'apprensiva classe politica belga (415).

Ma si poteva davvero confidare ancora nel rispetto della parola data? Descamps, giurista vicino all'apparato, ribadisce le ragioni della neutralità convenzionale, cercando di fugare lo spettro sempre più incombente di un Belgio preso tra due fuochi, costretto, volente o nolente, a scegliere un campo. Riesce a persuadere? Non molto, stando allo scettica postilla ch'egli stesso pone a chiusura del suo corposo saggio: « Ces points éclaircis sous leur aspect juridique, il importe de constater, au point de vue pratique, que, dans l'état troublé de la société internationale actuelle, tout commande au neutre à titre permanent de placer et de garder en lui-même le principe de sa sécurité » (416). Quasi una premonizione, questa nota di scettico realismo che trova facile risonanza al di fuori dei confini del Belgio. « It remains to be seen whether neutralization can stand the test of history »; con questa chiosa Oppenheim si accreditava facile profeta (417).

Il vero nodo da sciogliere era comunque di natura « costituzionale ». Una volta entrato in crisi l'equilibrio, con il delinarsi di schieramenti contrapposti, a vacillare era l'intera tenuta del Concerto europeo.

L'esperimento dell'Aja non dava adito a grandi speranze: « It is readily apparent that a conference of this nature cannot reasonably be expected, under existing circumstances, to take the initiative in

---

(413) RIVIER, *Principes du droit des gens*, cit., t. II, p. 212.

(414) E. NYS, *Le droit international*, Bruxelles, 1906, t. III, p. 115.

(415) Cfr. H. LADEMACHER, *Die belgische Neutralität als Problem der europäischen Politik, 1830-1914*, Bonn, 1971, pp. 288-290.

(416) E. DESCAMPS, *L'État neutre à titre permanent*, Paris-Bruxelles, 1912, p. 231.

(417) OPPENHEIM, *International Law*, cit., t. II, p. 144.

important and far-reaching improvements of international relations. It can at best facilitate the creation of an international public opinion and register and ratify those rules and principles upon which all important powers are in substantial agreement » (418).

Che cosa aveva impedito di andare oltre questo modesto risultato? Uno degli scogli su cui si era infranto il progetto di una Corte permanente di giustizia era certamente l'assioma dell'uguaglianza degli Stati. Alla seconda conferenza della pace vi era stata una rivolta delle piccole e medie nazioni non appena profferito il suggerimento che i giudici della Corte permanente fossero scelti in via preferenziale dalle grandi potenze (419).

Uguaglianza degli Stati: la questione s'impone in tutta la sua gravità all'esame della scienza giuridica.

A ridosso della Grande Guerra, uno studioso americano censirà la varietà di motivazioni che la dottrina aveva addotto a giustificazione di questo principio, giungendo a una disarmante conclusione: « The whole subject is confused by intermixing the ideas and the language of naturalist theory with other ideas and expressions borrowed somewhat indiscriminately from modern legal science » (420). Poco approfondito, il dogma dell'uguaglianza era bastato però per frenare gli studi sull'organizzazione internazionale. Inutile cercarne traccia nella letteratura precedente al 1914: tale tema « has hardly been treated at all » (421).

Questo giudizio è forse troppo severo nella sua assolutezza.

La dottrina era meno compatta di quanto non sembri a prima vista.

L'ostilità al primato delle Grandi potenze era una cosa; altra, il respingere senza sfumature ogni tipo di differenziazione.

In via generale si può convenire con l'affermazione che, nel corso

(418) P.S. REINSCH, *Failures and successes at the Second Hague Peace Conference*, in *The American Political Science Review*, v. II, nov. 1907-nov. 1908, p. 217.

(419) Tra gli oppositori del progetto, Hans Wehberg, sulla base della considerazione che l'imparzialità della corte permanente esige che la provenienza dei giudici non riflettesse gli interessi dominanti (WEHBERG, *The Problem of an International Court*, cit., p. 78).

(420) « Equality is variously described as an attribute, a right, or a principle » (E. de WITT DICKINSON, *The Equality of States in International Law*, Cambridge Mass., 1920, p. 148).

(421) *Ibidem*, p. 152.



dell'Ottocento, la scienza giuridica avesse mostrato una grande riluttanza a tradurre il primato di fatto delle grandi potenze, espresso nel Concerto europeo, in un principio giuridico. A dominare in funzione antiegemonica era sempre il postulato dell'uguaglianza <sup>(422)</sup>.

Era comprensibile che i giuristi, espressione di paesi-cuscinetto come il Belgio, mostrassero un'istintiva avversione verso ogni ipotesi di riconoscere giuridicamente il principio di un Concerto delle grandi potenze. Ernest Nys lo ripudiava senza esitazioni: « Le concert européen, en entendant le terme dans le sens de gouvernement des grandes puissances européennes, doit être repoussé et condamné. Il n'est nullement un tribunal; il ne constitue non plus en aucune façon le pouvoir exécutif d'une organisation internationale qui serait en voie de se former » <sup>(423)</sup>. Né stupisce più di tanto che l'italiano Enrico Catellani, in termini altrettanto assertivi, si unisse al coro: « L'affirmation de la primauté des grandes puissances sur les États mineurs civilisés; l'expropriation des faibles au profit des forts justifiée comme un acte d'utilité publique internationale (...) voilà autant de côtés peu satisfaisants du droit international contemporain » <sup>(424)</sup>. Questa « hégémonie évidente », questa « véritable autocratie » delle grandi potenze — concludeva — andava combattuta in nome di un federalismo egualitario.

Ma già diversa era la percezione del problema da parte di giuristi espressioni di grandi realtà statali fermamente consolidate come Westlake e T.J. Lawrence. Il loro « positivismo realista » li porta ad ammettere l'esistenza di una gerarchia tra grandi potenze e non, sulla base dell'osservazione del dato fattuale <sup>(425)</sup>. Di sicuro si

<sup>(422)</sup> C. HOLBRAAD, *The Concert of Europe*, London, 1970, p. 192.

<sup>(423)</sup> E. NYS, *Le concert européen et la notion du droit international*, in R.D.I.L.C., 1899, pp. 312-313.

<sup>(424)</sup> E. CATELLANI, *Le droit international au commencement du XX siècle*, in R.G.D.I.P., 1901, p. 405.

<sup>(425)</sup> « It is not the individual great Power itself that is assigned a privileged position; it is the collectivity which functions as an organ; and to this collectivity with its composing Great Powers, specific rights and obligations, different from those of the other states, should be conferred ». Il termine « positivismo realista » è coniato da Kooijmans (da cui è tratta la citazione) per distinguere la posizione di questi giuristi dal « positivismo volontarista », generalmente impermeabile a tali aperture « sociologiche » (P.H. KOOIJMANS, *The Doctrine of Legal Equality of States*, Leyden, 1964, p. 106).

trattava di posizioni isolate in un panorama generalmente avverso a questa conversione di un'egemonia storica in una giuridica. Nondimeno è rivelatore dell'esistenza di qualche breccia nell'apparentemente incrollabile dogma ugualitario.

La causa dell'organizzazione poteva in effetti distanziarsi da quella impopolare della consacrazione istituzionale del Concerto europeo; i progressi di una consapevolezza in tale direzione sono, in effetti, lenti ma costanti.

Commentando Lorimer, generoso dispensatore di visioni avveniristiche, Rolin-Jaequemyns coglieva appieno il senso dello sforzo compiuto dal giurista scozzese per concepire un embrione di organizzazione internazionale sulla base di un'inevitabile relativizzazione dell'uguaglianza: « On rendrait évidemment un mauvais service aux petits États en prétendant leur imposer les mêmes obligations, la même responsabilité qu'aux grands empires dans l'œuvre de civilisation générale qui forme le but élevé du droit des gens »<sup>(426)</sup>. A doveri più gravosi dovevano ovviamente corrispondere maggiori diritti.

Ad aprire gli occhi anche ai più miopi era stata comunque l'esperienza dell'Aja. « L'égalité juridique des Etats, prise à la lettre, mène à l'absurde. Voilà ce qu'il faut dire courageusement », esclamava Louis Renault, grande artefice dell'opera diplomatica delle Conferenze di pace<sup>(427)</sup>.

Era ora di finirla con questo « long-honored shibboleth ». La convergenza sul principio della rappresentanza inegualitaria richiedeva una svolta culturale di prima grandezza, tanto impegnativa quanto necessaria. « Only in the matter of expense do the states seem willing to derogate from their right of equality », ironizzava uno studioso americano. Questo ostruzionismo rendeva vano ogni sforzo di lavorare seriamente per la pace, razionalizzando il processo decisionale internazionale<sup>(428)</sup>.

Sensibile come ovvio alla questione dell'organizzazione interna-

<sup>(426)</sup> M.G. ROLIN-JAEQUEMYS, *Les principes philosophiques du droit international. Examen critique du système de M. Lorimer*, in R.D.I.L.C., 1886, p. 54.

<sup>(427)</sup> L. RENAULT, *L'œuvre de La Haye (1899 et 1907)* (1908), in *L'œuvre internationale*, cit., t. III, p. 328.

<sup>(428)</sup> D.P. MYERS, *Representation in Public International Organs*, in A.J.I.L., 1914, pp. 83 e 96.

zionale, il leader pacifista tedesco Fried indicava nel superamento del vetusto principio dell'uguaglianza degli Stati e dell'unanimità un passo necessario per lo sviluppo della pace attraverso solide e permanenti istituzioni (429). Denunciando l'attaccamento dei governi al feticcio della sovranità, egli sembrava nutrire qualche speranza per il futuro, cogliendo i segni di una maturazione dello spirito associativo degli Stati.

Per la verità la prassi diplomatica recente e recentissima offriva il destro più al sarcasmo degli scettici che ai voti dei pacifisti. Ricca come era di bellicose dichiarazioni, portava acqua alla causa della diffidenza e del « sacro egoismo ». Era sin troppo facile a Von Stengel far rilevare che la Gran Bretagna non si era nemmeno posta il problema dell'arbitrato nel suo conflitto con la repubblica boera, ed altrettanto avevano fatto Russia e Giappone quando si era trattato di sostenere posizioni giudicate strategiche (430). Che i pacifisti si rassegnassero: « Die Souveränität der Staaten ist die Grundlage des Völkerrechts und muß es auch bleiben » (431). Il popolo tedesco doveva vegliare ai propri interessi e « mit den Waffen in der Hand zur Geltung sie bringen » (432). Altro che organizzazione internazionale!

Posizioni così esplicitamente hobbesiane erano tuttavia attaccabili e venivano di fatto attaccate. L'anarchia internazionale rientrava tra i fenomeni patologici, non tra le prospettive di lavoro scientifico. Se nulla di meglio era stato trovato, a portarne la responsabilità era anche la riflessione giuridica, che non poteva accomodarsi al ruolo di fredda spettatrice senza tradire la sua missione. « Ich wiederhole: die Souveränität ist kein besonderes völkerrechtliches Prinzip » — ribadisce lo svizzero Nippold: « Sie fällt mit der völkerrechtlichen

---

(429) « In Wirklichkeit ist diese Staatengleichheit gar nicht vorhanden (...) so müssen diejenigen Staaten, die einen höheren Einfluss geltend zu machen berechtigt wären, sich benachteiligt fühlen (...). Eine weitere Hemmung der Arbeiten bildete die Fiktion der Einstimmigkeit der Beschlüsse. Aus der Fiktion der Staatengleichheit ergab sich dieser Irrtum » (A. H. FRIED, *Die Zweite Haager Konferenz*, Leipzig, 1908, pp. 161-162).

(430) K. von STENGEL, *Weltstaat und Friedensproblem*, Berlin, 1909, p. 85.

(431) *Ibidem*, p. 93.

(432) *Ibidem*, p. 137.

Persönlichkeit zusammen » <sup>(433)</sup> — non è altro che la stessa personalità di diritto internazionale. A chiare lettere, il giurista pacifista Schucking <sup>(434)</sup> scuote i colleghi dal loro rassegnato torpore. Di chi la colpa per la carenza di studi sull'organizzazione internazionale? Della stessa scienza giuridica tedesca. « L'influence de l'école historique », accusa, « a, d'ailleurs, produit de fâcheuses conséquences. Par elle les juristes allemandes ont perdu, en effet, toute action sur le mouvement des idées, dans le domaine social comme dans le domaine international » <sup>(435)</sup>. L'appiattimento sull'approccio dogmatico e storico aveva spento ogni tensione progettuale, lasciando impreparata la dottrina di fronte ad una lacuna così vistosa. Ancor peggio poi, quando la scienza si arrendeva al « pessimisme mesquin » così diffuso tra i detrattori del pacifismo. Proprio il professor Von Stengel, citato esplicitamente, ne aveva dato un esempio poco invidiabile negli scritti su quella conferenza dell'Aja cui lui stesso aveva partecipato. Per riscattarsi, la dottrina doveva decidersi a ricucire lo strappo con il movimento delle idee favorevole ai progetti federali, e apportarvi sia la propria competenza tecnica che una necessaria dose di fantasia.

Accorato *plaidoyer* che non poteva tuttavia trovare grande ascolto.

La dottrina positivista più intransigente aveva relegato in secondo piano il concetto di comunità internazionale nella sua iconoclastia antispiritualista. Ciò che non poteva essere provato mediante concreta documentazione giuridica non esisteva. Al posto dell'evanescente « comunità », che evocava gli sfuggenti principi giusnaturalisti, essa prediligeva la « volontà comune » forgiata dai singoli Stati, al punto da mettere in dubbio la stessa esistenza di un diritto internazionale generale. L'enfasi sulla volontà dello Stato, necessaria per liberarsi dalle pastoie « metafisiche », conduceva il positivismo

---

<sup>(433)</sup> O. NIPPOLD, *Die Fortbildung des Verfahrens in völkerrechtlichen Streitigkeiten*, Leipzig, 1907, p. 59.

<sup>(434)</sup> Walter Schücking (1875-1935) unisce allo studio del diritto internazionale la passione pacifista e l'impegno politico. Dopo la Grande Guerra è tra i delegati tedeschi alla Conferenza di pace, deputato al parlamento, membro della corte permanente di giustizia, professore a Kiel. Verrà rimosso dall'insegnamento dal governo nazional-socialista.

<sup>(435)</sup> W. SCHÜCKING, *L'organisation internationale*, in R.G.D.I.P., 1908, p. 5.

in un'impasse: quella di rendere ardua la pensabilità di qualsivoglia struttura organizzativa permanente che non riposasse sulla volontà attuale e unanime degli Stati <sup>(436)</sup>.

Non che in questo rifiuto di categorie apriori mancasse una sincera preoccupazione liberale di sgombrare il campo da ideologie e pregiudizi perniciosi. Cavaglieri, uno dei giovani positivisti di punta, sostiene che gli Stati condividono comunque tra loro un certo numero di norme consuetudinarie, senza discriminazioni di sorta: le pretese di gerarchizzare gli Stati in funzione di parametri di « civiltà » o altro gli sembrano puramente metagiuridiche e quindi da respingere. Lodevole scrupolo questo di Cavaglieri nel criticare l'eurocentrismo dei suoi colleghi: la porta della società internazionale veniva così schiusa allo Stato che fosse disposto ad osservarne le regole, senza esigere dubbi esami di maturità. Molto meno incoraggiante però la sua asciutta ricostruzione di una convivenza radiografata nei suoi elementi essenziali, senza concessioni alle aspirazioni pacifiste. Egli descrive una società degli Stati fondata su tre principi: il riconoscimento reciproco come soggetti di diritto, l'uguaglianza, e l'invulnerabilità territoriale <sup>(437)</sup>. Inutile cercare spiragli *de iure condendo*: di riforme, progetti, di proposte non è fatta parola.

Più ardito si mostra Max Huber nel tentativo di prendere le distanze dal volontarismo atomista, così inconcludente sul versante dell'organizzazione, senza con ciò avallare la pretesa d'imporre giuridicamente il direttorio di fatto delle grandi potenze.

La premessa è quella condivisa dal positivismo dominante: non vi era alcun fondamento giuridico per una differenziazione tra gli Stati: « Wesentlich ist, daß Praxis und Doktrin darin übereinstimmen, daß eine rechtliche Differenzierung der Staaten und eine rechtliche Hegemonie der Großmächte nicht besteht » <sup>(438)</sup>. Asso-

---

<sup>(436)</sup> « One of the first principles, that ensues directly from sovereignty, is that a state cannot be forced against its will to accept a certain legal rule. This implies that in international society a binding decision of the majority is *per definitionem* impossible » (KOOIJMANS, *op. cit.*, p. 137).

<sup>(437)</sup> A. CAVAGLIERI, *La conception positive de la société internationale*, in R.G.D.I.P., 1911, p. 271.

<sup>(438)</sup> M. HUBER, *Die Gleichheit der Staaten*, in *Juristische Festgabe des Auslandes zu*

dato che l'uguaglianza è « ein positiver Völkerrechtssatz » ogni tentativo d'introdurre surretiziamente arbitrarie gerarchie si sarebbe inevitabilmente scontrata con la resistenza degli Stati minori. Occorreva percorrere un'altra strada: quella di concepire un'organizzazione comune nella quale la rinuncia all'uguaglianza da parte dei piccoli Stati fosse compensata dalla certezza di vedere garantita la propria sfera giuridica. Ciò comportava il passaggio da una *Gemeinschaft*, società di soggetti uguali senza una voce unitaria, a un *Gemeinwesen*, dotato invece di questa volontà comune. Un'unione statale di questo tipo, titolare di poteri d'imperio — quale la preconizzava il movimento pacifista — avrebbe rappresentato un salto di qualità rispetto alle conferenze internazionali basate sul principio dell'uguaglianza. Beninteso, siffatta trasformazione presupponeva in ogni caso l'adesione volontaria degli Stati, condizione imprescindibile di questa parziale abdicazione al principio di uguaglianza. Quindi, tirando le fila del discorso, una graduale evoluzione consensuale verso la sponda di una comunità internazionale dotata di volizione: questa la via che, quasi pudicamente, con prudenza, Huber lascia intravedere e sembra suggerire.

\* \* \*

Già prima dello scoppio della guerra, von Bar mostrava a chiare lettere l'insofferenza per l'indirizzo positivista e una spiccata nostalgia per il diritto naturale. Mentre la pretesa positivista di ricondurre il diritto internazionale alla volontà degli Stati (*Willenstheorie*) mostrava la corda, avvolgendosi nelle sue contraddizioni, il ricorrente invocare la « natura delle cose » (*Natur der Sache*) per colmare le lacune e correggere le distorsioni dell'esistente tradiva il ritorno sotto mentite spoglie del vituperato diritto naturale. Meglio sarebbe stato allora riallacciarsi apertamente alla tradizione rinnegata, fondando il diritto su un principio più alto di quello quantomai volubile del capriccio statale <sup>(439)</sup>.

Nell'elettrizzante inquietudine dei primi anni del secolo si af-

---

Joseph Kohlers 60. Geburtstag Herausgegeben von Dr. F. Berolzheimer, Stuttgart, 1909, p. 105.

<sup>(439)</sup> L. von BAR, *Grundlage und Kodifikation des Völkerrechts*, in *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 1912/1913, pp. 154-158.

follano spunti e intuizioni che sarebbero giunti a maturazione solo dopo il grande trauma bellico. Per il momento non esistevano le condizioni di una svolta: lo spirito europeo era indeciso, irresoluto, attanagliato dal dubbio e dalla diffidenza. Le Conferenze della pace dell'Aja avevano decretato la fine del vecchio equilibrio retto dal Concerto, senza però riuscire a instaurare un nuovo ordine internazionale (440). In questo frangente, poco poteva la scienza giuridica se non perfezionare i suoi strumenti, o suggerire cautamente soluzioni e proposte minimali, pena il rischio d'incorrere nel discredito e nella marginalità.

---

(440) Cfr. J. DÜLFFER, *Regeln gegen den Krieg? Die Haager Friedenskonferenzen von 1899 und 1907 in der internationalen Politik*, Bonn, 1980, p. 331.





## CAPITOLO SECONDO

### IL PROBLEMA DELLA GUERRA

1. Dallo *Ius ad bellum* allo *Ius in bello*: la 'laicizzazione' della guerra. — 2. Tra Washington e Ginevra: gli esordi della codificazione. — 3. «*Kriegsräson geht vor Kriegsmanier*»: i limiti alla legge di guerra. — 4. L'occupazione bellica: alla ricerca dell'equilibrio. — 5. Ideologia e utopia: la crociata del liberalismo sull'immunità della proprietà privata nemica in guerra. — 5.1. Sul fronte terrestre. — 5.2. Nelle operazioni navali. — 6. I promettenti anni Settanta: la riscossa della scienza giuridica. — 6.1. Il dibattito all'*Institut de droit international*. — 6.2. La parola agli ammiragli. — 7. La pace attraverso la guerra? Il diritto bellico alle Conferenze dell'Aja e di Londra (1899, 1907, 1909). — 8. Il bilancio di un'epoca.

Diceva Clausewitz che « la guerra non è che la continuazione della politica con altri mezzi » (1). Parafrasando questo detto celebre verrebbe da aggiungere che nel periodo 1815-1914 « la guerra è la continuazione del diritto internazionale con altre norme ». Quando Marte scende in campo « a new law steps in, directed only to secure fair and not too inhuman fighting » (2). Diritto internazionale della pace e della guerra: la partizione dei manuali di diritto internazionale riflette qualcosa di più di una mera classificazione descrittiva. Svela l'intento del giurista di razionalizzare la guerra in termini non dissimili da quelli del teorico militare: la guerra non è violenza pura, bensì violenza calcolata, commisurata all'obbiettivo, proporzionale allo scopo.

Meglio ancora sarebbe abolire la guerra, certo.

Tutta la riflessione filosofica liberale ottocentesca è percorsa da un fremito d'indignazione per la gigantesca anomalia denominata « guerra ». Come assoggettare al diritto la negazione più radicale del diritto? Come proteggere la sfera privata dai contraccolpi devastan-

---

(1) K. von CLAUSEWITZ, *Della guerra*, trad. it., Milano, 1982, p. 38.

(2) J. WESTLAKE, *International Law, Part II, War*, Cambridge, 1907, p. 4.

ti della lotta? Il fatalismo che aveva contrassegnato per secoli la percezione dell'evento bellico veniva ora sfidata da un pacifismo nutrito di sapienza economica, di cultura tecnologica, di moralismo religioso. « Nous sommes arrivés à l'époque du commerce, époque qui doit nécessairement remplacer celle de la guerre, comme celle de la guerre a dû nécessairement la précéder »<sup>(3)</sup>. Così profetizzava Benjamin Constant al tramonto dell'epopea napoleonica, ultimo splendido guizzo dell'età guerriera classica. Sull'altra sponda della Manica Richard Cobden assentiva e rincarava la condanna, in nome di un libero-scambismo senza frontiere<sup>(4)</sup>. La pace perpetua preconizzata da Kant prende le sembianze di uno spazio pubblico borghese transnazionale, ad un tempo ideologico, economico e culturale, che guarda con insofferenza alle anacronistiche trame delle cancellerie. « Les ramifications infinies et compliquées du commerce ont placé l'intérêt des sociétés hors des limites de leur territoire », predicava Constant: « L'esprit du siècle l'emporte sur l'esprit étroit et hostile qu'on voudrait parer du nom de patriotisme »<sup>(5)</sup>.

Ma i tempi non erano maturi per il tramonto della guerra, e i giuristi lo sapevano bene. Meglio allora rassegnarsi a disciplinarla per limitarne i danni: ed è qui che la parola torna al diritto internazionale.

Questo disegno ispira due scuole di pensiero che si dividono sulla definizione stessa della guerra.

La prima, radicata sul Continente, elegge a proprio motto la lapidaria definizione di Rousseau della guerra come rapporto tra Stati. Si legge nel *Contrat Social*: « La guerre n'est donc pas une relation d'homme à homme, mais une relation d'Etat à Etat dans laquelle les particuliers ne sont ennemis qu'accidentellement, non point comme hommes ni comme citoyens, mais comme soldats; non point comme membres de la patrie, mais comme ses défenseurs »<sup>(6)</sup>.

---

(3) *De l'esprit de conquête et de l'usurpation dans leurs rapports avec la civilisation européenne*, 1813, in B. CONSTANT, *Œuvres*, édition présentée et annotée par A. ROULIN, Paris, 1957, p. 959.

(4) Sul peso di Cobden nel movimento pacifista, cfr. M. CEADEL, *The Origins of War Prevention. The British Peace Movement and International Relations, 1730-1854*, Oxford, 1996, pp. 10-23.

(5) *Op. cit.*, p. 960.

(6) *Contrat social*, livre I, chap. IV, in J.J. ROUSSEAU, *Œuvres complètes*, III, Paris, 1964, p. 357.

La conseguenza principale di questo assioma era che la dimensione privata dei singoli cittadini doveva essere messa al riparo dalla violenza bellica: « *Même en pleine guerre un prince juste s'empare bien en pays ennemi de tout ce qui appartient au public, mais il respecte la personne et les biens des particuliers* » (7). Nel celebre testo dello svizzero Bluntschli si trova una riproduzione fedele di questa dottrina: « *Les États belligérants sont ennemis dans le sens propre du mot. Les citoyens de ces États par contre ne sont pas ennemis, ni entre eux, ni vis-à-vis de l'État ennemi* » (8). Persino Guglielmo di Prussia vi aveva reso omaggio quando, all'inizio delle ostilità con la Francia nel proclama dell'11 agosto 1870, annunciava: « *Faccio la guerra ai soldati francesi non ai cittadini francesi* » (9). Guerra pubblica e pace privata per dirlo in una parola.

Alla pragmatica cultura anglosassone ripugnava questa astrazione tutta continentale di un duello tra Stati-persone giuridiche, trascendenti i singoli cittadini. Donde il secondo orientamento: la guerra rende nemici anche i cittadini degli Stati belligeranti. « *It is impossible to sever the citizens from their State, and the outbreak of war between two States cannot but make their citizens enemies* » tagliava corto Lassa Oppenheim (10). Autorità per autorità, quella di Vattel, che in questa materia valeva più di Rousseau, stava dalla loro parte: « *Quand le conducteur de l'état, le souverain, déclare la guerre à un autre souverain, on entend que la Nation entière déclare la guerre à une autre Nation. Car le souverain représente la Nation, et agit au nom de la société entière; et les Nations n'ont affaire les unes aux autres qu'en corps, dans leur qualité de Nations. Ces deux Nations sont donc ennemies, et tous les sujets de l'une sont ennemis de tous les sujets de l'autre* » (11).

(7) *Ibidem*.

(8) C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, trad. franç. di C. LARDY, IV ed., Paris, 1886, p. 308.

(9) « *Ich führe Krieg mit den französischen Soldaten und nicht mit den Bürgern Frankreichs. Diese werden demnach fortfahren, eine vollkommene Sicherheit ihrer Person und ihres Eigentums zu genießen und zwar solange als sie mich nicht selbst durch feindliche Unternehmen gegen deutsche Truppen des Rechts berauben werden, ihnen meinen Schutz angedeihen zu lassen* » (R. BUE, *Der Kombattantenstatus*, Bochum, 1992, p. 145).

(10) L. OPPENHEIM, *International Law*, cit., v. II, *War and Neutrality*, p. 60.

(11) VATTEL, *Le droit des gens*, cit., t. II, p. 127.

Che peso dare a tale contrapposizione? A conti fatti nel periodo in questione i corollari pratici ricavati da queste due concezioni non sembrano molto diversi. Gli autori convergono sulla maggior parte dei contenuti e acconsentono, in genere di buon grado, a patrocinare misure di umanizzazione — i *temperamenta belli*.

Tanto basterebbe per liquidare questa disputa apparentemente nominalistica come puro patriottismo accademico se non fosse che essa cela un'intuizione terribile sulle potenzialità della guerra di cui i giuristi non erano sempre del tutto coscienti.

« Guerra assoluta » aveva etichettato Clausewitz quella condotta dagli eserciti rivoluzionari e napoleonici. Con essa egli intendeva la guerra combattuta per un « causa nazionale » con la partecipazione dell'intero popolo senza tutti quei minuetti diplomatici che avevano contrassegnato le campagne dei principi settecenteschi. « Assoluta » la guerra lo era per lo scopo, quello puro e semplice dell'abbattimento dell'avversario senza mezze misure; nonché per i mezzi dati dalla mobilitazione di tutte le risorse nazionali. Clausewitz non sapeva se il futuro avrebbe riservato di vedere di nuovo le nazioni balzare come un sol uomo le une contro le altre armate. Ma avvertiva: « Si converrà con noi che quegli intralci i quali, in certo qual modo, esistevano solo per chi mancava della coscienza di quanto sia possibile compiere, una volta eliminati non potranno essere facilmente ristabiliti » (12). Detto altrimenti: il demone della guerra, cavalcando le passioni nazionali, poteva riappropriarsi dello spazio che gli aveva sottratto la ragione (13).

Guerra tra Stati o tra cittadini? Il XIX secolo inclinerà per la prima opzione; il Novecento assisterà al sopravvento della seconda.

Nel 1910 un diplomatico greco destinato ad una brillante carriera, Nicolas Politis, esordiva di fronte ad un consesso di esperti internazionalisti lamentando che la nozione di guerra restasse ancora controversa: « C'est un objet digne de remarque sinon d'étonnement qu'après tant de travaux et de progrès réalisés dans le droit de la

---

(12) *Op. cit.*, p. 794.

(13) La « guerra assoluta » « è una forma di scontro mortale in cui sono coinvolti tutti i cittadini (non più sudditi), che spazza via le *reveries*, le *ruseries* e le cautele della guerra de l'*age de la raison* » (C.M. SANTORO, introduzione a R. ARON, *Clausewitz*, trad. it., Bologna, 1991, p. 12).

guerres, il y ait encore divergence d'opinions sur un point primordial: la notion même de la guerre » (14).

La risposta non doveva attendere molto: la « guerra totale » era alle porte.

1. *Dallo Ius ad bellum allo Ius in bello: la 'laicizzazione' della guerra*

Nella letteratura classica di diritto internazionale il termine *ius ad bellum* rivestiva il senso di competenza alla guerra (*compétence de guerre*) accanto a quello di vera e propria *iusta causa* di guerra. Se il primo dei due significati si era abbastanza rapidamente consolidato con l'affermazione del monopolio statale alla guerra (sebbene ancora Grozio ritenesse di accordare un certo spazio alla guerra privata) non altrettanto era avvenuto con la seconda accezione, destinata a rimanere controversa sino al XVIII secolo inoltrato. Si può dire che la riflessione sulla *iusta causa* avesse offerto il principale terreno di incontro tra teologia e diritto sin dai primi vagiti dello *ius gentium*. Dai Padri della Chiesa a Wolff, la dottrina aveva dibattuto incessantemente sulla legittimità della guerra. San Tommaso aveva preteso dal belligerante una *recta intentio*; a loro volta, i neo-scolastici del XVI secolo assimilano la guerra all'esecuzione unilaterale di una sentenza per la riparazione di un torto (*iniuria accepta*). Sennonché, nel momento in cui Vitoria e Suarez avevano ammesso che un guerra potesse apparire legittima ad entrambi i contendenti in ragione della loro invincibile ignoranza, il seme era gettato perché il rilievo della guerra giusta perdesse terreno aprendo le porte ad una sua graduale secolarizzazione (15). In effetti, con Grozio si va attenuando la cogenza della giustizia materiale della causa a favore della giustizia formale della guerra tra sovrani (16). A venire in primo piano è l'osservanza di formalità come la dichiarazione di guerra che conferiscono allo scontro il carattere pubblico e solenne. Mutamento di

(14) *Annuaire abrégé*, cit., *session de Paris*, 1910, p. 852.

(15) Cfr. J.T. JOHNSON, *Ideology, Reason, and the Limitation of War. Religious and Secular Concepts*, 1200-1740, Princeton, 1975, p. 194.

(16) P. HAGGENMACHER, *Grotius et le problème de la guerre juste*, Paris, 1983, p. 596.

prospettiva certo rilevante <sup>(17)</sup>, ma non sufficiente ad accantonare l'argomento della *iusta causa* che continua a dominare il dibattito, a spese dei *temperamenta* alla guerra — il vero e proprio *ius in bello*. Ancora in pieno Settecento Samuel Cocceji ricava dall'equazione guerra-riparazione di un torto l'autorizzazione all'*infinita licentia in hostem*, per punire il nemico-criminale delle sue malefatte. Solo che ora, nella stagione dell'Illuminismo, simili tesi trovano una vigorosa confutazione — nel caso di specie ad opera dell'italiano Lampredi <sup>(18)</sup>.

La disputa sulla *iusta causa* ha perso di attualità nella scena internazionale che fa da cornice al dibattito sul contratto sociale e la separazione dei poteri. Scriverà Schiller alla vigilia della grande Rivoluzione: « Una guerra perennemente armata tutela ora la pace, e l'egoismo di uno Stato fa di esso il custode del benessere dell'altro. La società statale europea sembra trasformata in un grande famiglia » <sup>(19)</sup>. Lasciate alle spalle le guerre di religione, gli Stati si battono tra loro con ordinati eserciti professionali sullo spazio geopolitico sgombrato dall'ideologia.

Questa svolta, destinata a rivelarsi quantomai propizia allo *ius in bello*, annovera il suo teorico principale in Emer de Vattel.

Alla prima lettura il suo *Droit des gens* non sembra così innovativa. Il diplomatico svizzero aveva dato spazio allo *ius ad bellum* senza rinunciare a discettare lungamente sulla *juste cause* <sup>(20)</sup>.

<sup>(17)</sup> Benché P. Haggemacher abbia persuasivamente dimostrato che la fortuna di Grozio è dovuta più alla sua capacità di sintetizzare correnti culturali tradizionali che a innovare nel senso di una piena autonomia del diritto internazionale. Questa non è mai chiaramente intravista dall'Autore che costruisce piuttosto una teoria generale dei conflitti armati tra individui, sovrani e non (cfr. P. HAGGENMACHER, *Grotius and Gentili: A Reassessment of Thomas E. Holland's Inaugural Lecture*, in AA.VV., *Hugo Grotius and International Relations*, Oxford, 1990, pp. 165, 167, 173-176, nonché, dello stesso autore, *Grotius et le droit internationale: le texte et la légende*, in AA.VV., *Grotius et l'ordre juridique international*, Lausanne, 1985, p. 115 e sgg.).

<sup>(18)</sup> Sull'argomentazione di Lampredi si sofferma ampiamente P. COMANDUCCI, *Settecento conservatore: Lampredi e il diritto naturale*, Milano, 1981, pp. 61-70.

<sup>(19)</sup> Citato da R. KOSELLECK, *Critica illuministica e crisi della società borghese*, trad. it., Bologna, 1972, p. 47.

<sup>(20)</sup> VATTEL, *op. cit.*, livre III, chap. III, « *Des justes causes de la guerre* », pp. 93-116 e chap. VI, § 87, « *refuser un secours pour une guerre injuste, ce n'est pas rompre une alliance* » (*op. cit.*, t. II, p. 134).

Perché questa reminiscenza? In lui agisce la memoria di un discorso disciplinare consolidato, ma ancor più la sincera avversione dell'intellettuale per gli orrori di guerre dinastiche scatenate con eccessiva disinvoltura dai principi del tempo. Prima di sciogliere le furie della guerra che i sovrani ricordassero la loro responsabilità di fronte al proprio popolo e all'umanità. Nel tempo delle gesta di Marlborough e Federico il Grande il monito non suona affatto vuoto e retorico. Mostra il cammino di una consapevolezza che riguarda il diritto costituzionale prima di quello internazionale. I popoli non devono subire che un despota qualsiasi li conduca alla rovina per un capriccio. Il controllo democratico del potere della guerra entra qui in gioco ben più dell'argomento della *iusta causa*, ravvivato dall'umanitarismo cosmopolita settecentesco. Lo *ius ad bellum* slitta impercettibilmente dai cieli del diritto internazionale sulla terra della lotta interna per la costituzione, repubblicana e democratica (21).

Nei rapporti tra gli Stati resta invece lo *ius in bello*, destinato ad acquistare una visibilità crescente. È qui che avviene la grande maturazione. Senza rendersene del tutto conto Vattel sposta di netto il peso della bilancia su questo lato. Ce lo rivela quando sceglie di rimettere in onore il classico dualismo romano tra nemico pubblico (*Hostis*) e nemico privato (*Inimicus*) come premessa per dettare le regole della condotta in guerra. L'odio che ci divide dall'*inimicus*, non sussiste necessariamente contro l'*hostis*. Mentre il primo « n'est jamais innocent » il secondo non è sempre animato dall'odio in quanto « cherche seulement à soutenir ses droits » (22). La distinzione è capitale, « un capolavoro della ragione umana », come la definisce enfaticamente Carl Schmitt (23). Le nazioni duellano tra loro per i rispettivi diritti, giusti o sbagliati che siano. Di qui a dire che la giusta causa è irrilevante nella condotta della guerra tra i belligeranti il passo è breve. A compierlo risolutamente saranno i

---

(21) Il controllo sulla diplomazia e sul « potere federativo » (quello di pace e guerra) per assicurarne l'orientamento pacifico è un tema ricorrente nella pubblicistica settecentesca, da Locke a Montesquieu, a Mably (cfr. M. BELISSA, *Droit des gens et théorie constitutionnelle dans la pensée des Lumières*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 1998, pp. 215-233)

(22) VATEL, *op. cit.*, t. II, p. 126.

(23) C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, trad. it., Milano, 1991, p. 178.

giuristi dell'Ottocento che tagliano i ponti con gli scrupoli morali del giusnaturalismo.

« Au point de vue de l'administration internationale, la guerre est une lutte à main armée entre des États indépendants, pour la défense de leurs droits et de leurs intérêts ». Il giurista russo Martens non avrebbe potuto rendere meglio l'asettica visione della guerra dominante nel suo tempo. « Comme instrument d'administration internationale, la guerre est subordonnée au droit. Le but immédiat de la guerre est de restaurer, avec le droit, la paix grâce à laquelle les intérêts légitimes de l'une ou de l'autre puissance belligérante seront contents. Ce but ne sera jamais atteint si les belligérants refusent d'observer les lois et les coutumes de la guerre » (24). Il ragionamento non fa una piega: il duello della armi mira a dare soddisfazione alle pretese della parte che si ritiene lesa; una volta conseguito lo scopo la pace deve essere ripristinata per assicurare la conservazione del risultato; solo rispettando le leggi di guerra si può sperare in una durevole restaurazione della pace.

Approdati ad un concetto di stretta laicità della guerra, i giuristi vi si mostrano molto affezionati. Rifuggono da ogni tentazione di riaprire una discussione che giudicano tanto sterile quanto insidiosa. Tenersi a distanza dal lido pericoloso della guerra giusta: questo è l'accordo della comunità e ogni occasione è buona per rammentarlo.

Si prenda ad esempio la discussione sulla dichiarazione di guerra. Tale adempimento, si affretta subito a precisare Charles Dupuis, non è necessario per enunciare la pretesa alla superiore moralità della propria causa. « Il n'y a aucune distinction à faire entre une guerre juste et une guerre injuste, quant à la nécessité juridique d'une déclaration de guerre préalable. Il faut bannir une telle distinction sous peine de compromettre toute observation du droit de guerre ». Introdurre l'idea di « giustizia » e di « punizione » nella definizione della guerra? Sarebbe oltremodo pericoloso in quanto « chacun s'estimerait fondé à user contre son adversaire des rigueurs méritées par l'injustice et à se dispenser de l'observation des règles réservées aux seuls ennemis faisant la guerre pour une juste cause » (25). In conclusione la dichia-

(24) F. de MARTENS, *Traité de droit international*, cit., t. III, p. 183.

(25) Ch. DUPUIS, *La déclaration de guerre est-elle requise par le droit positif? Deurait-elle l'être?*, in R.G.D.I.P., 1906, p. 734.



razione di guerra è solo una cautela procedurale opportuna data la gravità delle conseguenze ed utile alle parti e ai neutri: nulla di più di questo.

## 2. *Tra Washington e Ginevra: gli esordi della codificazione*

Lo sviluppo della *ius in bello* avanza nel periodo che ci interessa lungo il classico itinerario consuetudinario. Il grande alveo della prassi continua a rafforzare tendenze già immanenti nel secolo precedente. Tipico il caso dei sudditi nemici presenti allo scoppio delle ostilità sul territorio dello Stato. Si riteneva che fosse invalso l'uso di lasciarli partire e persino di tollerarne la permanenza sotto certe condizioni. Episodi come l'arresto degli inglesi presenti in Francia nel 1803 o l'espulsione in massa dei sudditi prussiani nella guerra del 1870 erano additati a manifestazioni di inciviltà degne di riprovazione. L'idea di procedere all'internamento affiorava piuttosto timidamente solo riguardo agli uomini validi soggetti agli obblighi militari. La regola generale era quella della tolleranza, le cui trasgressioni erano concepibili solo in casi eccezionali <sup>(26)</sup>.

La vera novità del secolo XIX è tuttavia rappresentata dalla codificazione. Le regole di condotta che erano venute ingrossando nel tempo il codice cavalleresco dell'onore militare si sedimentano, e diventano ora norme giuridiche. A Francis Lieber si deve la prima regolamentazione scritta delle leggi di guerra. Uomo dalla vita fascinosa, questo intellettuale tedesco trapiantato in America è il prodotto di quella miscela contraddittoria di nazionalismo, cosmopolitismo e romanticismo che è tipica di tanti liberali del suo tempo <sup>(27)</sup>. Non è casuale che il primo « codice » delle leggi di guerra porti il suo nome; solo un uomo tanto ardimentoso poteva avventurarsi su un terreno così malcerto. In piena guerra civile, su incoraggiamento e con l'avallo del generale Halleck, capo di stato maggiore e intelligente cultore di diritto internazionale <sup>(28)</sup>, Lieber si

---

<sup>(26)</sup> Cfr. COBBETT, *Cases and Opinion on International Law*, cit., Part II War, Part III *Neutrality*, pp. 58-60.

<sup>(27)</sup> Non cesserà mai di professare la sua ostilità ai francesi fino a plaudire alla vittoria prussiana del 1870, rompendo con i colleghi internazionalisti del paese sconfitto.

<sup>(28)</sup> Henry Wager Halleck (1815-1872), alto ufficiale di stato maggiore e inse-

accinge a redigere un testo che servisse da guida agli ufficiali dell'Unione. Nel 1863 il lavoro di Lieber veniva riconosciuto ufficialmente dall'Esercito dell'Unione sotto forma di *General Orders* No. 100 con la dicitura di « *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field* » (29). Non si trattava ancora di una fonte giuridica vincolante, ma solo di principi generali suscettibili di modifica a discrezione del presidente o dello Stato maggiore generale. Nondimeno l'autorevolezza dell'opera era notevole, non fosse altro per l'approvazione delle gerarchie militari e dello stesso presidente Lincoln.

Le fatiche di Lieber dovevano rivelarsi preziose durante la terribile guerra civile (30) ed ancor più per la sua recezione oltreoceano. Bluntschli si affrettò a farlo circolare in Europa e ne incorporò i contenuti nel suo fortunatissimo manuale. Basta una scorsa all'ordito normativo per apprezzarne il valore, sia che esso consolidi o innovi.

Innanzitutto la definizione dello *status* dei civili. Lieber non segue Rousseau: per lui i civili sono nemici al pari dei militari; la differenza tra nemici « combattenti » e « non-combattenti » rileva tuttavia ai fini dell'applicazione della legge di guerra su due aspetti essenziali: l'atteggiamento verso i civili armati e il destino delle popolazioni occupate.

Cominciamo con la prima delle due questioni: i combattenti irregolari.

Una delle distinzioni cruciali del documento è quella tra partigiani e guerriglieri: gli uni sono assimilati a corpi franchi che affiancano l'azione dell'esercito regolare indossando uniformi e contrassegni che li distinguono dalla popolazione civile (art. 81); gli altri sono invece contraddistinti dall'intermittenza dell'azione ostile: i guerriglieri alternano intervalli pacifici ed azioni militari irregolari

---

gnante a West Point, prende parte alla guerra per la conquista della California e a quella di Secessione.

(29) Sulla nascita del documento cfr. F. FREIDEL, *Francis Lieber, Nineteenth-Century Liberal*, Gloucester, Mass., 1968, pp. 317-335.

(30) Alla fine della guerra più di un ufficiale scrisse a Lieber manifestandogli l'apprezzamento per le sue *Instructions*, rivelatesi molto utili nell'orientare i comportamenti dei reparti soprattutto durante l'occupazione (FREIDEL, *op. cit.*, p. 338).

(art. 82). Ebbene, i primi hanno per Lieber diritto al trattamento secondo le leggi di guerra al pari dei soldati regolari da cui si distinguono solo per le tecniche di combattimento; i secondi invece no. La definizione di partigiano era un passo avanti significativo, anche se non presentava tutta l'articolazione desiderabile. Lieber richiedeva che i partigiani agissero come ausiliari dell'esercito regolare e dietro sua autorizzazione. Che trattamento riservare allora ai corpi franchi che non operavano su autorizzazione governativa? Il pensiero corre subito a Garibaldi le cui imprese non sembrano rientrare nelle previsioni di Lieber. Sarà Bluntschli a fornire la risposta avendo in mente proprio la spedizione in Sicilia: questi corpi, dirà nel suo manuale, devono essere assimilati alle forze regolari « lorsqu'ils sont organisés militairement et combattent pour des *buts politiques* » <sup>(31)</sup>.

Su questa falsariga Lieber prosegue ad analizzare la controversa questione della resistenza popolare. Distingue a seconda che gli abitanti si oppongano al nemico per impedire l'occupazione del territorio, o a occupazione avvenuta. Il primo caso, definito come una leva in massa in vista dell'approssimarsi dell'esercito nemico, conferisce l'aspettativa al rispetto della legge di guerra; il secondo è invece equiparato a un puro e semplice comportamento criminale <sup>(32)</sup>.

Veniamo all'occupazione del territorio nemico. La direttiva è chiara: l'occupazione deve reggersi sul principio del minore disagio per gli abitanti pacifici: « Protection of the inoffensive citizen is the rule; privation and disturbance of private relations are the exceptions » (art. 25). Da questa premessa discende una serie di importanti corollari: la proprietà privata e la fede religiosa degli individui, così come tutte le altre relazioni personali, hanno titolo alla protezione dell'occupante; qualora sia necessario utilizzare la proprietà privata, ciò deve avvenire dietro indennizzo o promessa di indennizzo; ogni

---

<sup>(31)</sup> BLUNTSCHLI, *op. cit.*, p. 331.

<sup>(32)</sup> « Art. 52. No belligerent has the right to declare that he will treat every captured man in arms of a levy en masse as a brigand or bandit. If, however, the people of a country, or any portion of the same, already occupied by an army, rise against it, they are violators of the laws of war and are not entitled to their protection » (questa come le successive citazioni del documento sono tratte da R.S. HARTIGAN, *Lieber's Code and the Law of War*, Chicago, 1983).

forma di saccheggio è proibita, quantunque l'occupante possa riscuotere imposte o esigere prestiti forzati; la legislazione locale non deve essere modificata e i funzionari pubblici possono essere al massimo costretti a prestare un giuramento di fedeltà temporaneo.

Con un anno di anticipo sulla convenzione di Ginevra, Lieber si premura di fare ordine anche sul versante delle relazioni tra combattenti. Ogni « destruction of life » non necessaria o puramente vendicativa è illegale: questa è la massima di civiltà che presiede la parte della normativa sulla sorte dei nemici. Il principio di proporzionalità deve guidare l'azione violenta delle forze in campo, trattendole dal compiere atti che per la loro inutilità tradirebbero ad un tempo le ragioni dell'umanità e la stessa logica della guerra, il cui scopo è il rapido ristabilimento della pace. Ecco perché i prigionieri di guerra devono essere trattati con moderazione: infliggere loro crudeltà inutili susciterebbe odio e rancore, rendendo più difficile il ritorno ad uno stato normale delle relazioni. Solo casi eccezionali di necessità bellica possono giustificare l'esecuzione dei prigionieri <sup>(33)</sup>.

Infine Lieber dissipava ogni dubbio sulla questione che aveva suscitato all'inizio della Guerra di Secessione un'aspra contesa diplomatica tra l'Unione e la Gran Bretagna: ossia l'ammissione dei ribelli ai benefici dello *status* di belligeranti. A tale riguardo Lieber ribadiva che una siffatta concessione non implicava affatto riconoscimento in senso tecnico della soggettività internazionale, in quanto esauriva il suo effetto in una misura umanitaria mutualmente vantaggiosa per entrambi i contendenti (artt. 152-154). Bluntschi rafforzò l'osservazione di Lieber nel commentare l'*affaire* Alabama. Per lui il riconoscimento degli Stati del Sud era non solo legittimo ma anche utile: legittimo perché questi mostravano un'attitudine potenziale a costituire un nuovo Stato e combattevano secondo le regole con forze organizzate; utile nella misura in cui, grazie al riconoscimento dello *status* di belligerante, le parti erano state incoraggiate a osservare le leggi di guerra <sup>(34)</sup>. La dottrina successiva non si

---

<sup>(33)</sup> « Art. 60. A commander is permitted to direct his troops to give no quarter, in great straits, when his own salvation makes it impossible to cumber himself with prisoners ».

<sup>(34)</sup> J.-C. BLUNTSCHLI, *Opinion impartiale sur la question de l'Alabama et sur la manière de la résoudre*, in R.D.I.L.C., 1870, pp. 452-462.

discosterà da questa indicazione, esigendo, con rigore maggiore o minore, la sussistenza di alcune condizioni di fatto, come la durata della lotta, il controllo di una parte del territorio, il perseguimento di scopi politici, l'effettivo rispetto delle leggi di guerra <sup>(35)</sup>.

L'impatto del *Lieber Code* è grande. Esso coglie lo spirito del tempo dando sfogo all'anelito di solidarietà che percorre l'opinione pubblica, periodicamente scossa dai resoconti delle atrocità della guerra.

Da una costa all'altra dell'Atlantico si chiede che la civiltà imponga le sue leggi anche nel campo di battaglia. Nel 1862 aveva visto la luce *Un souvenir de Solferino*, l'accorato resoconto di quel sanguinoso scontro da parte del filantropo svizzero Jean-Henri Dunant. Un anno dopo, su impulso di Dunant e di quattro cittadini svizzeri, si riuniva a Ginevra una conferenza di rappresentanti provenienti da 16 paesi che raccomandava la creazione di società nazionali di soccorso e la neutralizzazione di ospedali e ambulanze in tempo di guerra. Appena l'anno successivo, nel 1864, su iniziativa del Consiglio federale svizzero sedeva a Ginevra una conferenza diplomatica al termine della quale i plenipotenziari di 16 paesi adottavano la *Convention pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne* <sup>(36)</sup>. Era la prima volta che il diritto internazionale si appropriava di questa materia, fino ad allora rimessa al puro e semplice codice d'onore militare. Non occorre altro per farne un evento memorabile, a dispetto della prudenza dei contenuti e dell'infelice formulazione giuridica <sup>(37)</sup>. Parlare di « neutralizzazione » delle attrezzature sanitarie e del personale non suonava in effetti molto realistico, nella misura in cui era poco probabile che i belligeranti tollerassero l'intromissione di civili bene intenzionati nel bel mezzo delle operazioni militari. Il servizio era destinato

---

<sup>(35)</sup> A. PILLET, *Les lois de la guerre*, II éd., Paris, 1901, p. 27.

<sup>(36)</sup> Per i testi di questa come delle successive dichiarazioni, cfr. L. FRIEDMAN, *The Law of War, A Documentary History*, with a foreword by T. TAYLOR, New York, 1972, v. I.

<sup>(37)</sup> Si sentiva la mancanza nella formulazione del testo della mano dell'internazionalista. « La rédaction de la convention de Genève se ressent en général de ce que la science du droit international n'a pas été consulté ». Per Bluntschli « les connaissances médicales et militaires ne sont pas suffisantes, lorsqu'il s'agit de trouver la formule exacte pour des principes de droit » (BLUNTSCHLI, *Droit international*, cit., p. 341).

inevitabilmente ad essere incorporato nel dispositivo organizzativo di ciascun esercito, perdendo come tale ogni carattere di « neutralità ». Nondimeno restava una grossa conquista la circostanza che il rispetto del personale sanitario contraddistinto dalla croce rossa fosse raccomandato in un trattato internazionale. Così come segnava un indubbio progresso l'impegno dei belligeranti a prendersi cura dei feriti, quale che fosse la parte cui appartenevano, con in più la facoltà di autorizzare il rimpatrio di quelli inabili al combattimento.

Dopo che le cancellerie avevano scoperto quanto sensibile fosse l'opinione pubblica al tema dell'umanizzazione della guerra, altre iniziative diplomatiche seguivano la traccia di Ginevra. Nel 1868 la Dichiarazione di San Pietroburgo bandiva i proiettili esplosivi, infiammabili o fulminanti di peso inferiore a quattrocento grammi. Il lessico del testo rivela una crescente permeabilità alla sensibilità borghese. Si dice che il legittimo scopo della guerra è quello di « indebolire la forza militare del nemico » mediante il « ferimento » del maggior numero di soldati. La morte, l'uccisione sono velati dal pudore della lingua diplomatica. Sempre nel 1868, vede la luce a Ginevra una convenzione integrativa di quella del 1864 che estende le immunità al personale e attrezzature sanitarie nella guerra navale <sup>(38)</sup>.

Persino la Dichiarazione di Bruxelles del 1874, mai ratificata, poteva considerarsi a suo modo un successo. Se è vero che gli era mancata l'approvazione degli Stati e con essa ogni effetto vincolante, essa conservava purtuttavia un alto valore persuasivo <sup>(39)</sup>. Il suo contenuto? Una versione migliorata del *Lieber Code*, il che significa essenzialmente l'ottemperanza al principio del rispetto della proprietà privata <sup>(40)</sup>, la provvisorietà dell'occupazione <sup>(41)</sup>, il ricono-

---

<sup>(38)</sup> Tuttavia anche a questa convenzione è mancata la ratifica.

<sup>(39)</sup> La Russia dichiarò all'inizio della guerra con la Turchia nel 1877 che ne avrebbe osservato le regole. Inoltre, le sue disposizioni hanno trovato accoglimento nei codici militari di diversi paesi europei (L. RENAULT, *War and the Law of Nations in the Twentieth-Century*, in A.J.I.L., 1915, p. 4).

<sup>(40)</sup> Gli artt. 6 e 7 stabiliscono che l'occupante può impadronirsi dei beni mobili dello Stato necessari alla prosecuzione della guerra, limitandosi a gestire come usufruttuario gli immobili. Per quanto concerne i beni dei privati, premesso l'ovvio divieto di saccheggio, l'art. 41 vincola l'occupante a seguire le regole sul riparto fiscale del paese per il prelievo di contribuzioni e a rilasciarne ricevuta. Inoltre l'articolo sembra escludere

scimento dei combattenti irregolari <sup>(42)</sup>, i limiti alla distruzione <sup>(43)</sup>, il trattamento dei prigionieri di guerra <sup>(44)</sup> e, in più, i doveri di internamento dei neutrali rispetto alle truppe dei belligeranti che sconfinassero nel loro territorio <sup>(45)</sup>. « Le leggi di guerra », sentenza l'art. 12, « non accordano ai belligeranti un potere illimitato quanto ai mezzi di offendere il nemico »: il nocciolo della Dichiarazione è tutto condensato qui. I tempi non erano ancora maturi per l'adozione diplomatica del testo che rimaneva comunque un punto di riferimento importante per la sua intrinseca persuasività.

Frattanto l'*Institut de droit international* non era rimasto inattivo. Esso lavora sulla falsariga del Lieber Code per perfezionarlo ed approfondirlo. Il risultato delle sue fatiche è il manuale sulle *Laws of War on Land* del 1880 che sarebbe divenuto un classico della materia. Il principio di proporzionalità vi è enunciato con ogni desiderabile chiarezza a mo' di frontone: « The Laws of war do not recognize in belligerents an unlimited liberty as to the means of injuring the enemy. They are to abstain especially from all needless severity, as well as from all perfidious, unjust, or tyrannical acts » (art. 4) <sup>(46)</sup>. Quanto alle rappresaglie, esse sono legittime a condizione che la loro natura e ampiezza non ecceda la misura dell'infrazione alle leggi di guerra commessa dal nemico (art. 86). Difficile immaginare un'applicazione del principio di proporzionalità più opportuna.

Preoccuparsi di allungare la lista delle regole da osservare era certo lodevole, ma non sufficiente. Era giunto il momento di comin-

le contribuzioni puramente pecuniarie (*contributions de guerre*) — equivalenti a un « saccheggio » in buona forma —, ammettendo solo quelle sostitutive di imposte, ovvero per fare fronte a spese o ancora per ammende.

<sup>(41)</sup> È fatto divieto di esigere giuramenti dagli abitanti.

<sup>(42)</sup> All'art. 10, la Dichiarazione autorizza la *levée en masse* della popolazione all'approssimarsi del nemico, estendendo a questi civili il trattamento di combattenti se rispettano a loro volta le leggi di guerra.

<sup>(43)</sup> In particolare, il divieto di bombardare città aperte o indifese (art. 15).

<sup>(44)</sup> Significativo l'obbligo di trattamento dei prigionieri sulla stessa base delle forze armate del paese, il divieto di adibire i prigionieri a lavori degradanti e di esigere altre informazioni oltre quelle concernenti nome e grado (artt. 25-27-29).

<sup>(45)</sup> Artt. 53-54.

<sup>(46)</sup> *Resolutions*, cit., p. 28.

ciare a interrogarsi sui modi di farle osservare nel fragore della battaglia.

Altra e ancor più seria questione era quella dell'effettività delle leggi di guerra, su cui tutti i documenti tacevano, ben consci della sua asperità.

Come assicurare la sanzione delle norme?

La proposta dello svizzero Moynier <sup>(47)</sup> di affidare a una giurisdizione internazionale la protezione della convenzione di Ginevra del 1864 era molto seducente ma del tutto prematura <sup>(48)</sup>, come testimonia il dibattito all'*Institut* che registra le reazioni negative dei principali esperti della materia, da Lieber, a Holtzendorff a Westlake con la sola eccezione di un giurista francese di secondaria importanza <sup>(49)</sup>. Riproposta qualche anno dopo, nel 1895, essa veniva accolta sotto forma di una petizione agli Stati perché consentissero a una comitato della Croce rossa internazionale di prendere parte ad inchieste sulle violazioni delle leggi di guerra lamentate dalle parti in conflitto <sup>(50)</sup>. La via suggerita da Westlake e Renault <sup>(51)</sup> di incoraggiare l'adozione di norme repressive nazionali, nei codici penali militari, era certo più realistica, ma non risolveva il problema: chi ne avrebbe garantito l'effettività?

Per l'ennesima volta il diritto internazionale doveva delegare la propria garanzia ad un mezzo affidato alla piena autonomia decisionale dei soggetti contendenti: la rappresaglia. « Le belligérant, qui viole les coutumes de la guerre, le fait à ses risques et périls », ammoniscono Bonfils e Fauchille: « Les représailles consistent à

<sup>(47)</sup> Gustave Moynier (1826-1910), uno dei padri della convenzione della Croce Rossa del 1864, tra i fondatori dell'*Institut de droit international*, ha consacrato la parte maggiore della sua attività scientifica e della militanza filantropica al diritto della guerra.

<sup>(48)</sup> « Art. 1. — Pour assurer l'exécution de la Convention de Genève du 22 août 1864 et de ses articles additionnels, il sera, en cas de guerre entre deux ou plusieurs des puissances contractantes, constitué un tribunal international auquel pourront être adressées les plaintes concernant des infractions à ladite Convention. — Art. 2. — Ce tribunal sera formé de la manière suivante: dès que la guerre aura été déclarée, le Président de la Confédération suisse désignera, par le sort, trois des puissances signataires de la Convention, à l'exclusion de belligérants (...) » (R.D.I.L.C., 1872, p. 328)

<sup>(49)</sup> Il consigliere di cassazione Morin (per la sua opinione, come per quella degli altri giuristi menzionati, *Ibidem*, pp. 330-346).

<sup>(50)</sup> *Resolutions*, cit., pp. 118-119.

<sup>(51)</sup> L. RENAULT, *Introduction à l'étude du droit international*, Paris, 1879, p. 45.



répondre à une injustice par une autre injustice, à contraindre l'ennemi à suivre une conduite régulière par la crainte des maux auxquels il s'exposerait en persistant dans ses errements illicites » (52).

Tanto rumore per nulla allora? Il celebrato codice della guerra rimesso alla medievale e primitiva rappresaglia? Non del tutto. Un soggetto inedito e autorevole vigilava e sanzionava il rispetto della civiltà in guerra: l'opinione pubblica. Pillet lo dice a chiare lettere: « La vérité est que le droit de la guerre trouve dans la pression de l'opinion publique une sanction que nous souhaiterons plus efficace, mais qui ne manque cependant pas d'une certaine force » (53). I corrispondenti di guerra sguinzagliati dai giornali europei e americani, gli addetti militari, i diplomatici, i consessi scientifici costituivano una sorta di tribunale della coscienza occidentale che i belligeranti non potevano impunemente ignorare, pena la sgradevole patente di « barbari » e « incivili ». Questo tribunale emette condanne morali che producono un certo effetto deterrente rispetto alle parti in lotta.

Un esempio è quello dell'*Institut* che, compiendo un passo inconsueto per un'istituzione di ricerca, era intervenuto nel corso del conflitto russo-turco del 1877, deplorando le infrazioni alla convenzione di Ginevra commesse dagli irregolari turchi e sollecitando gli Stati europei a vigilare per il tramite dei loro *attachés* militari al rispetto delle regole (54).

La prova più eclatante dell'efficacia di questo monitoraggio era venuta dal teatro di guerra orientale. Un segno di ottimismo era ricavabile dalla guerra sino-giapponese e da quella successiva russo-giapponese. In entrambi i conflitti, un Giappone desideroso di vedersi conferire la patente di « civiltà » si era premurato di rispettare lo *ius in bello* europeo, curandosi di affidare all'abile penna dei propri diplomatici nonché di corrispondenti e giuristi stranieri il

---

(52) H. BONFILS, P. FAUCHILLE, *Manuel de droit international public*, Paris, 1908, p. 627.

(53) A. PILLET, *Les lois actuelles de la guerre*, cit., p. 11.

(54) *Institut de droit international, Tableau général des résolutions*, par H. WEHBERG, Bâle, 1957, pp. 262-266.

compito di farlo sapere all'opinione pubblica internazionale <sup>(55)</sup>. Il biglietto di ingresso nel concerto delle potenze « civili » prevedeva ormai che si pagasse un tributo, volenti o nolenti, anche alle leggi della guerra, considerate parte integrante e irrinunciabile del patrimonio giuridico occidentale.

### 3. « Kriegsraison geht vor Kriegsmanier »: *i limiti alla legge di guerra*

Lieber non aveva ignorato affatto la dimensione della « military necessity ». Per lui, come per il suo connazionale Moltke, « the more vigorously wars are pursued the better it is for humanity. Sharp wars are brief » (art. 29). Tanta sembrava la libertà di movimento accordata ai capi militari da attirare al codice i sarcasmi dei Confederati che vi additavano l'ennesimo caso di ipocrisia nordista. Non senza qualche fondamento, si direbbe, se è vero che le devastazioni perpetuate dal generale Sherman in Georgia potevano apparire una brutale applicazione della clausola (art. 14) che autorizzava l'adozione « of those measures which are indispensable for securing the ends of the war » <sup>(56)</sup>. Eppure, proprio questa formula apparentemente così farisaica nella sua latitudine semantica, rappresentava pur sempre un progresso nella misura in cui bandiva le azioni « crudeli » e « inutili » <sup>(57)</sup>. Lasciava capire insomma che la violazione del principio di utilità e di proporzionalità equivaleva a una trasgressione delle leggi di guerra, nello spirito se non nella lettera <sup>(58)</sup>. Non era un'affermazione da poco, ancor più poi se letta

---

<sup>(55)</sup> Cfr. N. ARIGA, *La guerre sino-japonaise au point de vue du droit international*, préface de P. FAUCHILLE, Paris, 1896.

<sup>(56)</sup> L'articolo prosegue: « And which are lawful according to the modern law and usages of war ». La puntualizzazione non toglie nulla all'ampiezza della formula « misure indispensabili ».

<sup>(57)</sup> « Art. 16. Military necessity does not admit of cruelty — that is, the infliction of suffering for the sake of suffering or for revenge, nor of maiming or wounding except in fight, nor of torture to extort confessions. It does not admit of the use of poison in any way, nor of the wanton devastation of a district. It admits of deception, but disclaims acts of perfidy; and, in general, military necessity does not include any act of hostility which makes the return to peace unnecessarily difficult ».

<sup>(58)</sup> Come sottolinea anche B.M. CARNAHAN quando parla di un « enlightened

insieme alla definizione della rappresaglia, anch'essa ammessa ma solo « as a means of protective retribution » (art. 28) e non per pura vendetta.

Bluntschli, a sua volta, aveva dato il giusto rilievo alla necessità militare quando aveva ammonito che « la nécessité prévaut toujours, et aucun chef d'armée ne se laissera empêcher de faire ce que la sûreté de ses troupes réclame comme indispensable » (59).

Questa apertura allo stato di necessità non era forse un prezzo troppo alto pagato ai capi militari? Niente affatto: al contrario ne rappresentava il pegno di realismo e credibilità indispensabile per garantirne la forza performativa. Di fronte allo scetticismo dell'autorità militare una linea più rigida era votata a infrangersi miseramente.

Rivelatore di questa dialettica è il celebre scambio di opinioni tra Von Moltke, il vincitore di Sedan, e lo stesso Bluntschli, il pioniere del diritto internazionale. Le due visioni si erano trovate per la prima volta l'una al cospetto dell'altra (60).

Il generale prussiano aveva esordito tessendo l'elogio della guerra con un trasporto quasi lirico: « La paix perpétuelle est un rêve, et ce n'est même pas un beau rêve. La guerre est un élément de l'ordre du monde établi par Dieu. Les plus nobles vertus s'y développent: le courage et le renoncement, la fidélité au devoir et l'esprit de sacrifice; le soldat donne sa vie. Sans la guerre, le monde croupirait et se perdrait dans le matérialisme » (61). Sgombrato il campo da qualsiasi condanna pregiudiziale della guerra, Moltke aveva enunciato il principio regolatore fondamentale dell'azione bellica: tanto meglio quanto prima la vittoria. Ora, la codificazione del diritto bellico contraddiceva questo imperativo vitale. Documenti come la Dichiarazione di San Pietroburgo intralciavano il conseguimento solerte di questo obbiettivo, misconoscendo che in guerra « il faut attaquer toutes les ressources du gouvernement ennemi, ses finances, ses chemins de fer, ses approvisionnements, et

---

advance in the laws of war » (*Lincoln, Lieber and the Laws of War: the Origins and Limits of the Principle of Military Necessity*, in A.J.I.L., 1998, p. 217).

(59) BLUNTSCHLI, *Droit international*, cit., p.320.

(60) La corrispondenza è pubblicata in R.D.I.L.C., 1881, pp. 79-84.

(61) *Ibidem*, p. 80.

même son prestige » (62). Altro che l'asettico « indebolimento delle forze nemiche »! Da buon discepolo di Clausewitz, il generale prussiano non si faceva illusioni: la guerra era per sua natura una lotta totale e senza quartiere; il suo fine era l'abbattimento dell'avversario. I giuristi potevano considerare già un grande successo l'adozione di norme internazionali sul trattamento dei prigionieri. Che si accontentassero senza pretendere di più. Del resto — si chiedeva maliziosamente — non era vero forse che gli stessi redattori della Dichiarazione avevano riconosciuto in cuor loro questa verità quando avevano fatto uso di forme elastiche a sufficienza da lasciare intatta la libertà del militare? Tanto valeva allora ammettere la verità: l'onore del soldato più che i trattati internazionali assicuravano la protezione del principio umanitario.

La risposta equilibrata e dignitosa di Bluntschli fa giustizia della sommaria analisi del militare ripercorrendo persuasivamente gli argomenti a favore della codificazione del diritto bellico. E tuttavia un monito così autorevole non poteva essere trascurato. La valvola di sicurezza della necessità era più che mai indispensabile.

I giuristi lo avevano sempre saputo. La legge di guerra, ammetteva Klüber, poteva essere derogata « en cas de rétorsion, ou dans telle autre circonstance extraordinaire, toujours par exception et seulement dans les cas prévus par la coutume qu'on appelle la raison de guerre » (63).

Sarà — ancora una volta! — un giurista tedesco, Lueder (64), a coniare la formula famosa e contestata che riassume icasticamente il nocciolo della questione: « Wenn die Ausnahme vorkommt, so schließt sie, wie es ihre Natur ist, die Regel aus und geht die Kriegsraison der Kriegsmanier vor » (65). La ragione di guerra prevale sul diritto di guerra, in casi eccezionali, è vero, ma prevale. Due casi per la precisione: « Einmal im Fall der äußersten Noth,

(62) *Ibidem*, p. 81.

(63) J.-L. KLÜBER, *Droit des gens moderne de l'Europe*, Stuttgart, 1819, t. I, p. 384.

(64) Karl Lueder (1834-1895), nato ad Hannover, studia a Gottinga, a Berlino e a Parigi. Insegna a Halle, Lipsia ed Erlangen. È autore di un celebre commento alla convenzione di Ginevra.

(65) K. LUEDER, *Krieg und Kriegsrecht in Allgemein*, in F. von HOLTZENDORFF, *Handbuch des Völkerrechts*, Hamburg, 1889, p. 256.

wenn der Zweck des Krieges nur durch die Nichtbeachtung erreicht werden kann und durch die Beachtung vereitelt werden würde; sodann im Wege der Retorsion, also als Erwiderung unberechtigten Nichtbeachtens der Kriegsmanier von der Gegenseite » (66). Due ipotesi, quindi: la prima — una breccia d'incalcolabile portata — è la stessa necessità di conseguire lo scopo della guerra; la seconda, più circoscritta, scatta nel caso di ritorsione per l'inosservanza delle medesime regole da parte dell'avversario. Che resta allora della giuridicità di questo precario diritto? Molto, sostiene Lueder, perché proprio l'eccezionalità della deroga assicura il rispetto della norma in condizioni normali (67). In fin dei conti, ci dice, il rapporto tra regole ed eccezione non opera qui in modo diverso dal diritto interno. Così come nel diritto penale la previsione dello stato di necessità (*Nothstand*) non intacca l'esistenza dell'ordinamento penale, nello stesso modo la ragione di guerra (*Kriegsraison*) non destabilizza la credibilità del diritto bellico, preso complessivamente. Anzi: « Durch die volle Anerkennung der ausnahmsweise berechtigten Kriegsraison wird also die oben geschehene Ausstellung eines anstatt bloßen, beliebig zu beobachtenden Kriegsbrauchs bestehenden wirklichen Kriegsrechts nicht im Mindesten alteriiert » (68). In altre parole, meglio prevedere francamente il caso di eccezione per assicurare la salvezza del diritto bellico nei casi normali piuttosto che tacere pudicamente e lasciare che sia la prassi a fare giustizia degli scrupoli.

Lueder non fa scuola. Troppo ampia la licenza che accorda alla necessità militare, identificata puramente e semplicemente con il « perseguimento dello scopo della guerra » — « der Zweck des Krieges ». Certo questa sua posizione era così crudemente realistica da strappare il plauso dei teorici militari da Clausewitz in giù. Ma era naturale che i giuristi arretrassero di fronte all'estremismo brutale della formula.

Il che non significa che la clausola della necessità non conser-

---

(66) *Ibidem*, p. 254.

(67) « Die regelmäßige, ordentliche Gültigkeit des Kriegsrechts ist nun schon wegen dieses bloß ausnahmsweise Eintretens der Kriegsraison salvirt » (*Ibidem*, p. 256).

(68) *Ibidem*, p. 256.

vasse uno spazio anche cospicuo. Lo svizzero Rivier, in linea con la letteratura più tradizionale, riassume la sua posizione in una frase lapidaria: « La nécessité de guerre peut excuser des rigueurs que les lois de la guerre condamnent. Elle prime les lois de la guerre » (69). La presa di ostaggi, quale si era verificata durante la guerra franco-prussiana, non poteva considerarsi pregiudizialmente illegale in quanto il comandante militare ha il diritto e il dovere di scongiurare atti di ostilità e di sabotaggio contro i suoi uomini: « Il ne faut pas oublier que le premier devoir du chef, en pareilles conjonctures, est de protéger les soldats qui lui sont confiés et dont il répond. Tout le reste est accessoire pour lui » (70). Non è nemmeno irragionevole la responsabilità collettiva che ricade sui comuni nel cui territorio è avvenuta l'aggressione o il sabotaggio, benché questa misura possa facilmente scivolare da punizione in rappresaglia: « La limite est difficile à tracer » (71).

Questa interpretazione della « necessità bellica » sarà a lungo rinfacciata da francesi e inglesi ai giuristi tedeschi, identificati in blocco con Lueder, e a coloro che a costui, a torto o a ragione, sembravano fare riferimento (72).

Più di ogni altro, Pillet aveva denunciato con vigore la pusillanimità della dottrina tedesca di fronte alla *Kriegsraison* dei militari: « Ce qu'il importe de noter en terminant, c'est que ces règles doivent être suivies dans tous les cas. Elles constituent non seulement la manière habituelle de faire la guerre (*Kriegsmanier*), mais la seule manière de la faire dignement. Que l'on ne parle donc pas de cas de nécessité pressante, et que l'on ne prétende pas qu'ils autorisent à se mettre audessus du droit de gens en vertu d'une raison de guerre (*Kriegsraison*) qui de son vrai nom s'appelle arbitraire et négation du droit. Ce sont là des distinctions d'origine étrangère. On doit les laisser à leurs auteurs » (73).

Il contrasto è durevole. Ancora nell'ultima sessione dell'*Institut*

(69) A. RIVIER, *Principes du droit des gens*, Paris, 1896, t. II, p. 242.

(70) *Ibidem*, p. 303.

(71) *Ibidem*, p. 304.

(72) Sulla critica a Lueder, cfr. G. BEST, *Humanity in Warfare. The Modern History of the International Law of Armed Conflicts*, London, 1980, pp. 174-176.

(73) PILLET, *Les lois de la guerre*, cit., pp. 99-100.

di Oxford, si registrerà una viva dialettica tra Triepel e Strisower da una parte, Fauchille nonché Edouard Rolin Jaequemyns, dall'altra, che si concluderà con un voto schiacciante dell'assemblea (43 contro 8) a sfavore della presa di ostaggi (74).

Viene da chiedersi tuttavia se e in che misura queste critiche ai tedeschi — Lueder a parte — fossero fondate. Sorge a più riprese il dubbio che mancassero di solidità o, ancor peggio, velassero una certa ipocrisia.

Nel caso della dottrina francese è del tutto evidente che la polemica trovasse alimento nei ricordi non ancora spenti della guerra del 1870. Senza nulla togliere alle nobili intenzioni degli autori, il tono a volte acrimonioso e stizzito delle loro riflessioni è una spia del loro disagio di fronte al primato militare conquistato dai tedeschi. Quando Bonfils giudica illecito e immorale il bombardamento di una città fortificata abitata da civili, è mosso da un sentimento tanto ispirato e condivisibile quanto poco conciliabile con regole elementari di strategia militare (75). Perché mai un generale dovrebbe rinunciare a sfruttare lo scoramento dei civili per ottenere la capitolazione? Ed è plausibile che lo faccia? Dire, come fa Pillet, che il bombardamento « ne peut être qu'une mesure exceptionnelle, qui ne trouvera sa justification que dans la nécessité absolue » (76), pare una lunga circonlocuzione per esprimere nella sostanza ciò che i tedeschi affermano senza tanti convenevoli: il comandante militare è il giudice insindacabile della sua opportunità. Così il dissenso diviene di sfumature, quasi di buon gusto. A conti fatti, tra le righe dei ponderosi manuali francesi, la dottrina della necessità tornava a fare capolino, seppure in una formula più cauta e circospetta di quella, sfacciatamente chiara, adottata dai tedeschi (77).

A loro volta, gli autori anglosassoni non esibivano credenziali ineccepibili. Innanzitutto si mostravano oltremodo restii ad abban-

(74) Cfr. R.G.D.I.P., 1914, p. 80.

(75) BONFILS, FAUCHILLE, *op. cit.*, p. 666.

(76) PILLET, *Les lois de la guerre*, cit., p. 103.

(77) Il comandante militare « reste seul juge des nécessités de la situation et des limites dans lesquelles il doit poursuivre l'application rigoureuse des lois martiales sur les personnes des habitants insurgés » (BONFILS, FAUCHILLE, cit., p. 705).

donare la dottrina classica secondo la quale era solo e semplicemente un atto di grazia quello di risparmiare i beni dei nemici. La dottrina britannica e americana si premurava di mettere in chiaro che la consuetudine invalsa di soprassedere per motivi umanitari all'applicazione di determinate prerogative del belligerante non rivestiva alcun carattere normativo e vincolante. All'occorrenza, quando lo ritenesse necessario, il belligerante poteva riassumerle ed esercitarle senza incorrere in alcuna violazione del diritto internazionale, proprio perché si trattava di una scelta puramente facoltativa rimessa alla liberalità delle parti in lotta. Ciò valeva specialmente per uno dei progressi più significativi del diritto bellico moderno come la rinuncia a confiscare la proprietà nemica <sup>(78)</sup>. Inoltre, con il senso pratico tipico della cultura di cui erano espressione, essi non incontravano difficoltà a riconoscere che la sfera della necessità di guerra non appariva delimitabile a priori: « The determination of reasonable necessity in practice lies so much in the hands of belligerents that necessity becomes not infrequently indistinguishable from convenience » <sup>(79)</sup>. Inutile cercare di « set bound to the demands of military necessity » <sup>(80)</sup>. E per chi tardasse a comprendere valevano casi molto eloquenti tratti dalla prassi delle gloriose armi britanniche, a volte di spregiudicatezza pari a quelli rinfacciati ai tedeschi, ma generalmente riportati dal comprensivo connazionale in un tono tutt'altro che contrito o scandalizzato <sup>(81)</sup>.

---

<sup>(78)</sup> Cfr. H.W. HALLECK, *International Law or, Rules Regulating the Intercourse of States in Peace and War*, San Francisco, 1861, pp. 360, 362-363.

<sup>(79)</sup> W.E. HALL, *A Treatise on International Law*, VI ed. edited by J.B. ATLAY, Oxford, 1909, p. 391.

<sup>(80)</sup> *Ibidem*, p. 469.

<sup>(81)</sup> Lassa Oppenheim riferisce degli episodi di ostaggi caricati sui treni durante la guerra anglo-boera per dissuadere il sabotaggio, giustificando questo comportamento: « It cannot and will not be denied that the measure is a hard one, and makes individuals liable to suffer for acts for which they are not responsible. But the safety of his troops and lines of communication is at stake for the belligerent concerned, and I doubt therefore, whether even the most humane commanders will be able to dispense with this measure, since it alone has proved effective ». In ogni caso, conclude l'autore, l'adozione di rappresaglie collettive *ex post*, perfettamente legittime, produrrebbe effetti altrettanto devastanti (OPPENHEIM, *op. cit.*, p. 273).



#### 4. *L'occupazione bellica: alla ricerca dell'equilibrio*

La dottrina era d'accordo nel riconoscere che l'occupazione, a differenza della conquista, fosse un stato puramente provvisorio. Già Grozio lo aveva detto del resto: « At agri non statim capti intelliguntur simul atque insessi sunt (...). Is ergo demum ager captus censebitur, qui mansuris munitionibus ita includitur, ut nisi iis expugnatis parti alteri palam aditus non sit »<sup>(82)</sup>. L'art. 6 del manuale dell'*Institut* del 1880 è formale: « No invaded territory is regarded as conquered until the end of the war; until that time the occupant exercises, in such territory, only a *de facto* power, essentially provisional in character »<sup>(83)</sup>. Annessioni territoriali non erano legittime in costanza di questa condizione di fatto fintanto che il nemico non fosse stato battuto o non avesse consentito, con il trattato di pace, alla cessione. La precisazione non era per nulla superflua data la ricorrente precipitazione dei belligeranti a consolidare i pur precari successi militari conseguiti. Ancora pochi anni prima della Grande Guerra, per ben due volte — durante le guerre anglo-boera (1899-1902) e turco-italiana (1911) — la dottrina aveva deplorato le frettolose annessioni di territori niente affatto interamente debellati<sup>(84)</sup>.

Né era tutto. Si aggiungeva che l'occupazione, per produrre conseguenze giuridiche, dovesse risultare effettiva<sup>(85)</sup>. Solo il reale controllo dell'invasore sostituiva l'autorità del governo locale sul territorio per assoggettarlo all'*imperium* dell'occupante. Inoltre, si metteva in chiaro che la legge di guerra non sospendeva indiscriminatamente la vigenza dell'ordinamento locale, ma solo delle norme

---

<sup>(82)</sup> H. GROTIJ, *De iure belli ac pacis*, lib. III, Cap. VI, § IV, ed. P.C. MOLHUYSEN, pref. C. Van VOLLENHOVEN, Lugduni Batavorum, 1919, p. 533.

<sup>(83)</sup> *Resolutions*, cit., p. 29.

<sup>(84)</sup> S. KORMAN, *The Right of Conquest*, Oxford, 1996, pp. 115-120.

<sup>(85)</sup> La precisazione non era affatto superflua. L'occupazione dell'Alsazia-Lorena durante la guerra franco-prussiana e quella russa della Bulgaria nel conflitto russo-turco del 1877-78 avevano disatteso queste regole. In entrambi i casi l'occupante aveva mirato ad anticipare gli effetti della conquista, obbligando gli abitanti a rinnegare la fedeltà al regime di appartenenza. La guerra anglo-boera e quella turco-italiana avevano a loro volta offerto due esempi di annessione prematura, quando ancora le ostilità non erano cessate (D.A. GRABER, *The Development of the Law of Belligerent Occupation, 1863-1914, A Historical Survey*, New York, 1949, pp. 261-264).

confliggenti con gli scopi dell'occupazione. La turbativa della vita civile doveva essere la minore possibile, sia che si trattasse della dimensione economica o di quella religiosa. Compatibilmente con la guerra, la vita doveva scorrere il più possibile ordinata. Fin qui l'accordo era pressoché unanime, quantunque dall'iniziale intransigenza la dottrina fosse addivenuta ad una maggiore comprensione per le esigenze militari.

In ogni caso, la preoccupazione condivisa da tutti gli autori era quella di scongiurare la tentazione del belligerante di anticipare gli effetti di una conquista che potevano anche non seguire, legati come erano alla fortuna delle armi. Le pretese dell'occupante dovevano quindi essere circoscritte ai servizi strettamente indispensabili, senza dimenticare che la popolazione continuava ad essere giuridicamente legata al governo nazionale dal vincolo di cittadinanza.

Tipica appariva la questione del giuramento. Si è visto che il *Lieber Code* prevedeva la facoltà per l'occupante di esigere un giuramento provvisorio. Questa eventualità tendeva però ad essere esclusa da una parte consistente della dottrina nonché dagli stessi manuali militari che, come quello francese, del 1893, proibiva espressamente all'occupante di esigere il giuramento. Il ragionamento era chiaro e tutto sommato condivisibile: i funzionari del territorio occupato obbediscono non in virtù di una fedeltà posticcia e transeunte al nemico, bensì solo per timore delle conseguenze in caso di trasgressione degli ordini <sup>(86)</sup>. Non è logicamente possibile sovrapporre un secondo giuramento al primo prestato allo Stato legittimo; meglio allora ammettere che solo la forza è il titolo per la sottomissione. La regola generale era che l'occupante non potesse esigere dai cittadini prestazioni che sarebbero incorse nella sanzione del tradimento secondo le leggi dello Stato di appartenenza — in altre parole, tutto ciò che potesse servire allo sforzo bellico dell'occupante.

Per agevolare il ritorno alla normalità quando l'occupazione fosse cessata, soccorreva un vecchio istituto mutuato dal diritto romano: il *postliminium*. Serviva bene allo scopo perché consentiva il ripristino della condizione di diritto anteriore all'occupazione,

---

<sup>(86)</sup> *Ibidem*, p. 75.

sancendo la riassunzione dei poteri da parte dello Stato legittimo, come se essi non fossero mai venuto meno <sup>(87)</sup>. La continuità veniva peraltro ad essere mitigata dalla sopravvivenza degli atti che l'occupante era in diritto di compiere come i contratti, gli atti amministrativi e le sentenze, destinati a conservare generalmente i loro effetti. Non così, per converso, gli atti compiuti *ultra vires* dall'occupante, come l'alienazione del demanio pubblico, caducati al rientro del legittimo sovrano <sup>(88)</sup>.

##### 5. *Ideologia e utopia: la crociata del liberalismo sull'immunità della proprietà privata nemica in guerra*

Chiedersi se avesse ancora senso la guerra alla proprietà nemica nell'epoca della società per azioni internazionali e delle grandi imprese di assicurazioni non era affatto ozioso.

L'interdipendenza finanziaria aveva raggiunto un livello tale da far impallidire gli agenti di borsa alla sola idea di una guerra indiscriminata alla proprietà nemica e al suo traffico commerciale. I pacifici e industriosi borghesi europei godevano di proprietà e rendite ovunque il profitto o le relazioni familiari ve li avessero condotti. Era scandaloso il solo pensare di spogliarli del loro rispettabile patrimonio solo in conseguenza di una guerra passeggera tra diplomazie. E poi che dire della mobilità del capitale! Poteva forse accadere che i Lloyds si trovassero a indennizzare un armatore colpito da una nave inglese <sup>(89)</sup>. Chi avrebbe subito le conseguenze dell'aumento vertiginoso delle polizze assicurative? Arduo davvero

---

<sup>(87)</sup> « Le droit en vertu duquel des personnes, des choses, des rapports juridiques, des rapports publics, dont l'état modifié par une occupation ou par une conquête, sont rétablis dans leur état antérieur, après leur affranchissement du pouvoir de l'ennemi » (RIVIER, *op. cit.*, p. 315).

<sup>(88)</sup> HALL, *op. cit.*, p. 484.

<sup>(89)</sup> Pochi anni prima della Grande Guerra, persino il presidente dei Lloyds dichiarava che gli assicuratori britannici « ne contesteront aucun contrat d'assurance maritime à raison du fait qu'il couvrirait des biens ennemis, mais qu'au contraire tous ces contrats seront fidèlement exécutés en temps de guerre comme en temps de paix » (citato da B.C.I. LODER durante la sessione di Madrid dell'*Association de droit international*, in *Compte-rendu de la vingt-huitième conférence tenue à l'Académie de Jurisprudence et de Législation, Madrid, octobre 1-6 1913*, Londres, 1914, p. 187).

danneggiare il commercio avversario senza interferire con quello mondiale: come distinguere una nave nemica da un'amica quando un telegramma bastava a comunicare il trasferimento della proprietà? Che dire poi delle grandi compagnie di navigazione a capitale multinazionale: come evitare il danno agli azionisti neutrali? Tutte queste domande si affollano per più di mezzo secolo nelle pagine dei giornali, nelle riviste giuridiche, nelle conferenze di parlamentari e uomini di affari <sup>(90)</sup>. Sembrava che l'intuizione kantiana di un diritto internazionale che viaggia sulle ali del commercio per la prima volta assumesse definite sembianze, si apprestasse a divenire una realtà. Cobden era pronto a scommettervi.

La dottrina giuridica non resta insensibile a questo scenario. Cerca di attenuare le proibizioni agli intercorsi con il nemico, affermando che non tutto il commercio è bandito. Alla proibizione assoluta di qualsiasi contrattazione tra i sudditi dei paesi belligeranti essa contrappone le prove di una prassi più indulgente <sup>(91)</sup>. Tenta di salvare i rapporti non pregiudizievole allo sforzo bellico, negando la caducazione di tutti i trattati <sup>(92)</sup>; là dove non può perpetuare, sospende e fa rivivere <sup>(93)</sup>. Più disponibili i giuristi continentali, un po' meno gli

<sup>(90)</sup> Per una rassegna di questi interventi pubblici, cfr. J. DUMAS, *Les aspects économiques du droit de prise avant la guerre mondiale*, Paris, 1926, t. I, pp. 30-38.

<sup>(91)</sup> Gli scrittori continentali erano propensi ad attenuare il rigore della regola del divieto di intercorso. « De nos jours les États belligérants ne proclament pas la nullité des contrats privés conclus avant le commencement des hostilités et ils autorisent leurs sujets à continuer d'entretenir entre eux des relations pacifiques de commerce en demeurant dans les limites imposées par les nécessités de la guerre » (MARTENS, *Traité*, cit., t. III, p. 202). Gli inglesi erano più restii: niente commercio senza licenza governativa e niente contratti dopo l'apertura delle ostilità; quelli stipulati in precedenza sono sospesi a meno che non siano incompatibili con lo stato di guerra, perché in tal caso sono risolti. Tutte le transazioni avvenute in contrasto sono « illegal and void » (COBBETT, *op. cit.*, p. 66 e pp. 76-77).

<sup>(92)</sup> Confortata in questo dalla prassi: alla fine della guerra tra Austria e Italia del 1866 i trattati erano fatti rivivere dai due governi; lo stesso accadeva al termine della guerra franco-prussiana con riferimento ai trattati di commercio, navigazione, estradizione, diritti di autore e trasporto ferroviario (COBBETT, *op. cit.*, p. 41).

<sup>(93)</sup> Osserva Bluntschli che l'idea della caducazione dei trattati « repose sur le principe erroné que la guerre amène les hommes à 'l'état de nature' et abroge tous les droits existants ». Il principio esatto è invece che « les traités ne perdent leur efficacité, en temps de guerre, que si leur exécution est incompatible avec la guerre elle-même » (BLUNTSCHLI, *op. cit.*, p. 313). Nello stesso senso, OPPENHEIM, *op. cit.*, p. 198.

inglesi, tutti si sentono accomunati dal desiderio di lenire le ferite di un evento indesiderabile come la guerra. La proprietà e il contratto, i due idoli venerati nel diritto municipale, meritano rispetto anche nella mischia degli eserciti.

La questione presentava più sfaccettature. Quella innanzitutto della confisca della proprietà nemica presente sul territorio dello Stato, che si riteneva caduta in desuetudine, o quantomeno in via di estinzione<sup>(94)</sup>. Quella ancora della proprietà nel territorio occupato che, come vedremo, gode di una protezione a certe condizioni. E, soprattutto, la proprietà imbarcata su nave, vera croce e delizia della scienza giuridica ottocentesca, perché più di ogni altra espressione del commercio cosmopolita.

### 5.1. *Sul fronte terrestre*

La proprietà individuale è intoccabile, quella pubblica è confiscabile quando mobiliare: questa in due parole la massima dominante nel XIX secolo. Si colpisce lo Stato nemico, non i suoi sudditi: è Rousseau applicato al caso concreto. Laddove non è possibile prelevare, come nel caso degli immobili statali, l'occupante gode dell'usufrutto. Tutto il resto, dalle collezioni d'arte, ai beni municipali, vengono sottratti alla furia devastatrice e alla cupidigia dei belligeranti.

Questo conclamato rispetto per la proprietà privata individuale incontrava ancora tuttavia limiti significativi.

Il più ovvio e naturale era il diritto dell'occupante di procedere a requisizioni. Da sempre praticata, la requisizione non poteva essere

---

<sup>(94)</sup> Il diritto di confiscare i beni dei sudditi nemici trovati sul territorio si considerava tuttora esistente, quantunque per motivi di opportunità o umanitari fosse lasciato quiescente. I giuristi continentali ritenevano che la regola fosse l'immunità, temperata tuttavia dal principio della necessità bellica; gli inglesi giudicavano sussistente il diritto di confisca, ma esercitabile solo in casi eccezionali: « One recognizes exemption as obligatory, save in case of necessity or emergency; the other recognizes a technical right of seizure, but subject to a general policy of exemption ». A conti fatti, per gli uni come per gli altri, la proprietà privata era giunta a beneficiare di una « virtual immunity from confiscation », ed era probabile che entrambi ne avrebbero ammesso la revoca solo « in exceptional circumstances, such as public necessity, or by way of reprisal » (COBBETT, cit., pp. 54-56 e 61-62). Alle navi presenti nei porti si accordava di fatto un termine di grazia per lasciarli (OPPENHEIM, *op. cit.*, pp. 111-112).

ragionevolmente messa al bando. Tali espropriazioni forzate sono dichiarate legittime a condizione che avvengano dietro pagamento o rilascio di ricevuta e lo stesso vale per il diritto di angaria — il sequestro di beni mobili di privati (in genere mezzi di trasporto) — esercitabile anche a carico dei neutrali. Obbligazione giuridica o dovere morale quella dell'indennizzo? Le serrate discussione alla Conferenza di Bruxelles del 1874, così come le osservazioni improntate a cautela dei membri dell'*Institut* a tale riguardo facevano propendere più per il secondo che per la prima. Solo in un secondo momento, a partire dagli anni Novanta del secolo, si registra una chiara presa di posizione a favore del dovere giuridico di requisire dietro pagamento o ricevuta, fermo restando che sarebbe spettato al trattato di pace decidere chi avrebbe adempiuto <sup>(95)</sup>.

Ma vi poteva essere qualcosa di diverso e peggiore a minacciare la proprietà privata: le c.d. « contributions de guerre ». Definite come esazioni esse sono assimilate da Rivier ai « moyens licites de nuire all'ennemi » <sup>(96)</sup>, in altre parole, scaturiscono da un'intento punitivo e come tali non danno luogo a risarcimento. Questo indubbio strappo al principio del rispetto della proprietà privata attira le critiche di chi vorrebbe limitarle ai casi di mancato adempimento delle prestazioni in natura o pagamento di imposte <sup>(97)</sup>. Il manuale dell'*Institut* mette al bando questa pratica <sup>(98)</sup>.

Infine, occorre menzionare il risarcimento preteso dal vincitore alla fine del conflitto. « Il est impossible », osservava Pillet, « de ne pas qualifier du nom de butin ces énormes indemnités que, d'après un usage récent, le vaincu doit verser entre les mains du vainqueur. On les justifie par l'idée d'une obligation de réparation

<sup>(95)</sup> GRABER, *op. cit.*, pp. 229, 239-240, 249.

<sup>(96)</sup> *Op. cit.*, p. 326. Il presidente americano Polk, nel 1847, durante la guerra con il Messico, aveva affermato la legittimità del prelievo di contribuzioni dalle popolazioni nemiche per indennizzare lo Stato vittorioso delle spese sostenute per fare fronte alla guerra (cfr. GRABER, *op. cit.*, p. 223).

<sup>(97)</sup> « Impossible de justifier les contributions pécuniaires. Elles servent uniquement à remplir les caisses de l'ennemi et à favoriser la cupidité des chefs. Elles doivent être condamnées par tout esprit soucieux de la justice » (BONFILS, FAUCHILLE, cit., p. 742).

<sup>(98)</sup> L'art. 58 del manuale dell'*Institut* stabilisce in tal senso che « the occupant cannot collect extraordinary contributions of money, save as an equivalent for fines, or imposts not paid, or for payments not made in kind » (*Resolutions*, cit., p. 37).

des maux que la guerre a occasionnés à l'État vainqueur. Mais cela n'est qu'un prétexte ». L'allusione alla guerra franco-prussiana era trasparente <sup>(99)</sup>.

Fin qui la dottrina continentale.

Per parte sua la dottrina anglosassone mostra ancor meno riguardi per il principio dell'immunità della proprietà privata che considera non un diritto, bensì alla stregua di una concessione fondata sul buon volere del belligerante. Confermando il rigetto della teoria rousseauiana della guerra, i giuristi angloamericani accordano la protezione della proprietà individuale solo come misura umanitaria suggerita dal livello di civiltà raggiunto <sup>(100)</sup>.

Non poteva dirsi quindi che la proprietà fosse al riparo in un anfratto sicuro. Troppe ombre incombevano ancora sulla sua integrità perché l'ideale di una guerra rispettosa dei privati potesse materializzarsi.

Eppure il liberalismo dei giuristi europei non si dà per vinto. Il quadro di una vita civile che procede quasi imperturbabile nel mezzo di ordinati scontri di armate ben disciplinate domina la sua immaginazione, al punto da ispirare progetti nientemeno che fantasiosi.

Tra questi merita una menzione quello partorito da Lorenz von Stein non fosse altro che per l'autorevolezza del suo autore. Il celebre giurista austriaco proponeva la neutralizzazione del servizio ferroviario durante la guerra. La sua trovata suonava così: una volta scoppiato il conflitto le ferrovie neutrali si sarebbero accollate quel servizio ordinario sul territorio dei belligeranti che questi non potevano più svolgere, posto che il materiale ferroviario nazionale

---

<sup>(99)</sup> A. PILLET, *Les lois actuelles de la guerre*, cit., p. 341.

<sup>(100)</sup> Tipico questo passo di Travers Twiss, nel quale viene ribadito il vecchio diritto al bottino su tutta la proprietà mobiliare nemica, senza distinzioni: « With regard to the property which is found upon the Enemy's territory, all movable property which belongs to Enemy-Subjects is booty (butin) of war, and passes with the territory into the possession of the belligerent; for the actual owners of the property are not distinguishable, as individuals, from the body of the Enemy-Nation, and the actual captors are the trustees of a belligerent Nation in making capture » (T. TWISS, *The Law of Nations considered as Independent Political Communities. On the Rights and Duties of Nations in Time of War*, Oxford, (II ed.), 1875, p. 122).

doveva assecondare l'impegno militare <sup>(101)</sup>. I treni neutrali avrebbero insomma avuto libero accesso al territorio dei belligeranti, assicurando la comunicazione pacifica tra questo e il mondo esterno, a condizione — beninteso — di non prestarsi ad alcun servizio ausiliare dello sforzo bellico.

A sostegno di questa immunità militavano più ragioni.

La prima e più evidente risiedeva nella crescente solidarietà delle infrastrutture che servivano lo sviluppo civile e commerciale del mondo occidentale, cosicché « le moindre dérangement de l'un d'entre eux se fait sentir dans toute l'Europe » <sup>(102)</sup>. L'idea che ispirava questa singolare istanza era quella comune a tutto il liberalismo di circoscrivere al massimo gli effetti indesiderati delle guerre, considerate come intralci passeggeri della marcia della civiltà. Che i contendenti si combattessero pure: la vita economica e gli scambi ordinari non dovevano soffrirne <sup>(103)</sup>.

Ma un'ulteriore considerazione più strettamente giuridica poteva invocarsi a suo favore: quella del riconoscimento di una nuova categoria dottrinale che trascendeva la concezione olistica dello Stato-persona: il diritto internazionale amministrativo. Sappiamo già di che cosa si tratta per averlo esaminata a suo tempo; ora ne troviamo un'applicazione molto originale al diritto bellico sotto forma di un'estensione dei contenuti della neutralità. Lo Stato, ricorda Stein, non è solo un soggetto dotato di personalità; è ora e soprattutto il centro di imputazione di molteplici funzioni, alcune delle quali esigono per il loro espletamento una sfera sovranazionale: proprio per darle una fisionomia « le *Polizeiwissenschaft* est entrée

<sup>(101)</sup> La Germania si era affrettata a militarizzare la sua rete ferroviaria, imponendo l'obbligo dell'approvazione dello stato maggiore generale per qualsivoglia misura di ampliamento o modifica. Gli altri Stati avevano seguito l'esempio, seppure con minore precisione amministrativa.

<sup>(102)</sup> *Annuaire abrégé*, cit., *session de Bruxelles, 1885*, p. 95.

<sup>(103)</sup> « Il faut poser en principe que, pendant la guerre, les chemins de fer des États neutres seront regardés comme l'organisme auquel est dévolue la fonction des chemins de fer des combattants. Les chemins de fer neutres deviennent ainsi les représentants de la paix générale, même en présence des guerres locales, parce que c'est la communauté de la vie des nations qui a besoin de leurs fonctions; c'est-à-dire que nous regardons l'immunité de tout droit de guerre pour les chemins de fer neutres comme un principe exigé par l'accord général de toutes les puissances de l'Europe » (*Ibidem*, p. 124).



dans le domaine du droit international »<sup>(104)</sup>. Non vi è dubbio che la proposta fosse tanto ingegnosa quanto ardita e improbabile. Che *chance* aveva di successo?

Ad accoglierla è un coro di critiche nel corso delle sedute dell'*Institut* di Heidelberg (1887) e Losanna (1888) dove viene fatta segno di ovvie accuse di irrealismo. Lueder ammoniva a ragion veduta che la guerra infliggeva « crudeli necessità » di cui non si poteva fare a meno. Inutile volerla troppo addomesticare, « car il faut se garder de trop demander si l'on veut obtenir quelque chose »<sup>(105)</sup>. E inoltre, rincarava Moynier, era poco plausibile attendersi che un belligerante acconsentisse a lasciar sfruttare le sue vie ferrate da un altro Stato nel momento stesso in cui ogni forma di intralcio poteva risultare fatale allo scontro<sup>(106)</sup>.

Il dibattito sulla neutralizzazione del trasporto ferroviario non è del resto l'unico a rivelare la trepidazione dei nostri giuristi per la preservazione delle risorse economiche e tecnologiche in tempo di guerra. Uno dei temi che appassionerà i membri dell'*Institut* è quello della protezione dei cavi sottomarini nel corso delle operazioni belliche. Era ovvio che una delle prime iniziative che i belligeranti si sarebbero affrettati ad adottare sarebbe stata l'interruzione di tutti i canali di comunicazione del nemico, cavi sottomarini inclusi. Evento che si era puntualmente verificato durante la guerra ispano-americana, quando la flotta americana procede all'interruzione delle comunicazioni della Spagna con Manila<sup>(107)</sup>. Sennonché sembrava giusto mettere al riparo da simili evenienze i cavi che interessassero gli Stati neutrali. Nessun dubbio poteva sussistere sull'inviolabilità dei cavi colleganti due territori neutrali, ma cosa doveva deliberarsi quando il cavo unisse un territorio neutrale a quello di uno dei belligeranti? Dopo lunga discussione l'*Institut* approderà nel 1902 ad una regola parzialmente favorevole alla neutralità: il cavo che

---

<sup>(104)</sup> *Ibidem*, p. 137. Anche L. de STEIN, *Le droit international des chemins de fer en cas de guerre*, in R.D.I.L.C., 1885, p. 332 e sgg.

<sup>(105)</sup> *Annuaire abrégé*, cit., *session de Heidelberg*, 1887, p. 459.

<sup>(106)</sup> *Ibidem*, p. 745.

<sup>(107)</sup> « Il est hors de doute que l'amiral Dewey, en coupant le câble, était dans son droit absolu »: il commento di un autore francese, tenente di vascello, riflette il comune sentire della sua categoria (E. DUBOC, *Le droit de visite et la guerre de course*, Paris, 1902, p. 240).

collegava un neutrale a un belligerante poteva essere tagliato in alto mare in presenza di un blocco navale, e sempre in territorio nemico<sup>(108)</sup>. Sembrava una vittoria del diritto sulla forza bruta; restava da verificare in che misura sarebbe stata osservata: il dubbio era lecito. « Peut-on espérer, pour les règles votées par l'Institut de droit international en 1902, l'adhésion des hommes d'État et des marins? » si chiedeva Charles Dupuis: « Il est permis d'en douter », rispondeva scettico<sup>(109)</sup>.

Niente fughe in avanti insomma. Dupuis parlava con cognizione di causa e lo stesso avrebbe detto della questione che ci accingiamo ora ad esaminare, naturalmente contigua a quella dei cavi sottomarini: la proprietà nemica in mare.

## 5.2. *Nelle operazioni navali*

La disputa sull'immunità della proprietà nemica nella guerra marittima è intrecciata a doppio filo con la storia della neutralità di cui tratteremo nel capitolo successivo. Qui interessa dire che la regola generale osservata nei confronti della proprietà nemica era la confisca, salvo i temperamenti imposti dall'incidenza della neutralità. Per secoli non era stato nemmeno questione di mettere al riparo la proprietà nemica in mare dai disagi della guerra. Così come il bottino e il saccheggio regnavano incontrastati nei conflitti terrestri, nello stesso modo valeva la preda sui mari. Neanche un'esenzione dalla cattura come quella dei battelli da pesca, dettata esclusivamente da uno scrupolo umanitario, godeva della forza di consuetudine incontrastata: i francesi la ammettevano, gli inglesi no.

La comparsa degli Stati Uniti d'America sulla scena internazionale contribuisce per un momento ad affacciare alla ribalta la questione dell'inviolabilità della proprietà privata sul mare e ciò per l'ovvia ragione che, schiacciata dalla potenza marittima inglese, questa nazione sposa senza indugi la causa degli Stati marittimi più vulnerabili. Non a caso, in un trattato del 10 settembre 1785, Stati Uniti e Prussia avevano stipulato, all'art. 23, la proibizione della

<sup>(108)</sup> *Resolutions*, cit., p. 162.

<sup>(109)</sup> Ch. DUPUIS, *La XXI Session de l'Institut de droit international et la question des cables sous-marins en temps de guerre*, in R.G.D.I.P., 1903, p. 541.

guerra di corsa e l'esenzione dalla cattura per tutti i vascelli di commercio <sup>(110)</sup>.

La Rivoluzione francese non si era lasciata sfuggire l'occasione di appropriarsi di questo scottante tema per lanciare un messaggio a forte carica propagandistica, quando il deputato Kersaint aveva proposto il 29 maggio 1792 l'abolizione della corsa e del diritto di preda. Nulla di più che un sogno destinato ad infrangersi nell'aspra lotta delle guerre napoleoniche. I corsari francesi avevano dato filo da torcere al commercio britannico <sup>(111)</sup>, ma la flotta dei Nelson e Howe non poteva che prevalere. Il mare aveva vinto sulla terra.

Occorre attendere la Guerra di Crimea perché il tema torni di attualità. La Dichiarazione di Parigi del 1856 suggellava l'intesa franco-britannica durata lungo tutto il conflitto. Essa sanciva due conquiste: la prima, di cui si dirà lungamente nel prossimo capitolo, consisteva nel rendere immune la proprietà nemica imbarcata su nave neutrale e per converso quella neutrale imbarcata su nave nemica; la seconda poneva fine alla guerra di corsa tra le parti contraenti — Spagna Messico e Stati Uniti, avevano rifiutato di aderire. Gli Stati Uniti, tramite il segretario di Stato Marcy, avevano subordinato la rinuncia alla corsa alla concessione della completa immunità della proprietà privata nemica <sup>(112)</sup>. Questa mossa diplomatica apriva ufficialmente il grande dibattito che sarebbe seguito nei decenni successivi sulla praticabilità di un'immunità assoluta della proprietà nemica in guerra.

I liberali inglesi, Cobden in testa, s'impossessano di quest'istanza che trova adepti, nel 1856, 1860 e 1866, tra i commercianti delle grandi città portuali britanniche: Manchester, Liverpool, Bristol, Leeds. La loro motivazione non era necessariamente delle più nobili, ossia non tanto la difesa dei principi, quanto l'assetto del

---

<sup>(110)</sup> De Martens, *Recueil de traités*, t. IV, p. 37 et seguenti.

<sup>(111)</sup> Questa la contabilità della guerra di corsa francese: 11.000 navi mercantili inglesi catturate tra il 1793 e il 1815. Malgrado una cifra apparentemente così impressionante, gli storici tendono a considerare marginale l'incidenza sul commercio inglese della corsa, la cui leggendaria reputazione non corrisponderebbe all'efficacia bellica (F. Le GUELLAFF, *Une institution d'Ancien Régime à l'épreuve de la Révolution: le droit de la guerre de course*, thèse droit, Paris, 1996, v. III, pp. 947-952).

<sup>(112)</sup> Cfr. F. PIGGOTT, *The Declaration of Paris (1856). A Study Documented*, London, 1919, pp. 142-146.

diritto più favorevole agli interessi inglesi. Se i neutrali in un conflitto s'impossessano del traffico con il nemico — questo il loro ragionamento — la marina mercantile britannica sarà rovinata. Occorreva compiere il passo ulteriore di dichiarare inviolabile tutta la proprietà privata, oppure tornare alla vecchia regola del Consolato del mare favorevole alla potente flotta da guerra inglese.

La mossa non è del tutto infruttuosa. Seppure destinata a soccombere di fronte all'opposizione di Palmerston, l'iniziativa parlamentare conforme a questa petizione trova comunque eco in Europa <sup>(113)</sup>. Le assemblee dei commercianti di Brema e olandesi, persino la Camera dei deputati francesi, riecheggiano dello stesso slogan: immunità assoluta.

Sul piano diplomatico si registrava qualche segnale incoraggiante. Uno di questi è il trattato sottoscritto da Stati Uniti e Italia nel 1871 che proclama l'immunità della proprietà privata in caso di guerra. Nel caso dell'Italia, una misura di questo tenore non era affatto una novità, collocandosi in piena continuità con l'art. 211 del Codice della marina mercantile, disposizione che sopprimeva il diritto di cattura nei confronti delle nazioni che facessero altrettanto <sup>(114)</sup>. Durante la guerra del 1866 si era vista un'applicazione di questo principio: l'Italia aveva rinunciato ad esercitare la cattura contro le navi austriache, dopo che il governo di quel paese aveva emanato una dichiarazione conforme; la Prussia aveva fatto altrettanto.

Bastavano questi precedenti per accendere le speranze? Questo episodio era troppo isolato per fare giurisprudenza. Inoltre veniva da chiedersi se l'abdicazione al diritto di preda fosse davvero una

<sup>(113)</sup> Nel dibattito parlamentare del 1862, Palmerston si oppone con vigore all'immunità, definita una « dangerous doctrine » in quanto vanificherebbe la possibilità di ricorrere a blocchi navali. Anche Disraeli non la pensava diversamente, e non stupisce che con avversari di tanta autorità questa come le successive iniziative parlamentari del 1866, 1867, 1871, 1875, rimanessero senza seguito concreto (SEMMELE, *op. cit.*, pp. 77-78).

<sup>(114)</sup> « La cattura e la preda di navi mercantili di nazione nemica per parte delle navi da guerra dello Stato, saranno abolite in via di reciprocità verso quelle Potenze, che adotteranno eguale trattamento a favore della marina mercantile nazionale. Il trattamento di reciprocità dovrà risultare da leggi locali, da convenzioni diplomatiche o da dichiarazioni fatte dal nemico prima del cominciamento delle ostilità » (art. 211 codice per la marina mercantile del 1865 e del 1877).

misura così illuminata come poteva a prima vista sembrare. Una forza navale non secondaria come l'Italia che vantaggio aveva tratto dalla rinuncia a colpire il traffico austriaco nell'Adriatico? Era lecito domandarsi se le facili scorrerie sul naviglio mercantile asburgico non avrebbero forse riequilibrato un po' il passivo della sconfitta subita nella scontro frontale tra le forze armate.

Interrogativo più che legittimo alla luce della vicenda bellica successiva. La circostanza che nella guerra franco-prussiana del 1870 il governo di Napoleone III prendesse le distanze da questo precedente rivendicando in pieno l'esercizio del diritto di cattura, la dice lunga su quanto fosse illusorio credere che una potenza marittima riponesse di buon grado il proprio tridente. La sequenza delle mosse diplomatiche era stata del tutto prevedibile: la Prussia si era affrettata a dichiarare l'immunità del naviglio commerciale francese, sperando che la Francia, che gli era ben superiore sui mari, facesse altrettanto, auspicio che come ovvio non si era avverato.

Nella stasi della diplomazia, spettava alla scienza giuridica rilanciare quello che appariva ai più una meta essenziale di civiltà e di progresso.

#### 6. *I promettenti anni Settanta: la riscossa della scienza giuridica*

I giuristi che dal 1870 in poi s'incontrano nelle assemblee scientifiche e si leggono sulle pagine delle riviste sono accomunati da un credo — il liberalismo — e da uno scopo: affermare il primato della ragione giuridica ed economica. Ma restano ancora divisi da una dicotomia di logiche, di istinti e di interessi: la terra contro il mare.

Émile de Laveleye, in assoluto uno dei campioni più autorevoli dell'inviolabilità, assimila il diritto di cattura della proprietà del nemico sul mare alla « *théorie ancienne de la guerre dans toute sa barbarie* ». Vi sono due soli modi di concepire la guerra. Il primo, quello più primitivo e arcaico, vede scontrarsi nazioni e individui nella loro totalità. Il secondo, l'unico compatibile con la civiltà moderna, vede scontrarsi i soli eserciti tenuti a « *respecter les habitants paisibles, leur vie et leur bien* » <sup>(115)</sup>. Non è data tra queste una terza via e pertanto

---

(115) É. de LAVELEYE, *Encore le droit de capture sur mer*, R.D.I.L.C., 1884, p. 570.

il diritto di preda deve scomparire così come è scomparso il diritto di bottino nella guerra terrestre. Incivile e inumano, il diritto di preda è del resto completamente inutile sul piano militare. Quand'anche, in ipotesi, l'Inghilterra distruggesse la flotta francese, il commercio di quel paese proseguirebbe sotto la bandiera neutrale via Genova o Anversa. Chi rischia invece di essere colpita è proprio l'Inghilterra che per la sua posizione geografica, per la sua enorme flotta mercantile, per la sua capacità di esportazione dipende dalla libertà dei mari ben più di ogni altra potenza. Incapace di proteggere tutti i suoi mercantili, l'Inghilterra si vedrebbe esposta a enormi perdite e privazioni. Pochi incrociatori nemici veloci potrebbero arrecare danni irreparabili ai grandi tendini commerciali del paese.

Ercole Vidari esprimeva la medesima convinzione quando deduceva dall'assioma che la guerra è un « rapporto di diritto pubblico esterno » il corollario che « tutto ciò che non appartiene allo Stato e non fa parte attiva della pubblica forza, non essendo attivo e diretto strumento di guerra, va rispettato ». Il cittadino concorre alla guerra solo « per quella parte della sua personale attività che egli ha conferita o delegata per costituire il potere sociale », e per questa parte soltanto deve pertanto « sottostare alle conseguenze giuridiche derivanti dallo stato di guerra » <sup>(116)</sup>.

Belgio e Italia erano a quell'epoca potenze secondarie e le opinioni espresse dai loro giuristi non avrebbero esercitato un grande peso se non fossero state seguite dai loro colleghi dei grandi Stati nazionali.

L'idea non tarda a trovare accoliti in Francia. De Boeck, l'autore di un corposo saggio sull'argomento, caldeggia l'equiparazione della proprietà privata nemica a quella neutrale, autorizzando la cattura solo in casi specifici come il contrabbando: « Les belligérants placés sur le même pied que les neutres, auront droit aux mêmes égards, et leurs navires et leurs cargaisons ne pouvant être saisis et confisqués que pour causes déterminées » <sup>(117)</sup>. Affida a tribunali delle prede internazionali il compito di pronunciarsi sulle catture, secondo una

---

<sup>(116)</sup> E. VIDARI, *Del rispetto della proprietà privata fra gli Stati in guerra*, Pavia, 1867, p. 404.

<sup>(117)</sup> Ch. de BOECK, *De la propriété ennemie sous pavillon ennemi*, Paris, 1882, p. 738.

procedura giurisdizionale valida per tutti, neutrali o belligeranti. Queste corti avrebbero dovuto quindi far rispettare « tant en faveur des ennemis qu'à l'égard des neutres »<sup>(118)</sup>, il principio dell'inviolabilità.

Restava il problema dell'Inghilterra, senza la quale nulla si poteva realizzare in direzione di una riforma del diritto marittimo. Bluntschli non si faceva illusioni: « L'obstacle principal consiste dans la résistance de l'Angleterre. Cet obstacle disparaîtra, lorsque l'Angleterre aura fait la douloureuse expérience que son commerce et sa richesse sont sérieusement exposés par le maintien de l'ancienne règle, et que sa marine militaire est hors d'état de les protéger »<sup>(119)</sup>.

Non che mancassero in Inghilterra voci favorevoli ad un ripensamento della tradizionale politica. Si è visto che gli ambienti mercantili britannici annoveravano alcuni autorevoli fautori dell'immunità della proprietà privata in guerra. Il loro argomento principale era dettato dal buon senso: poiché la Gran Bretagna si trova ad essere molto dipendente dal commercio estero e dato che la sua flotta da guerra non potrebbe proteggere l'immensa marina mercantile di cui dispone, tanto vale dichiarare l'immunità per tutti: di certo il commercio marittimo inglese, il primo a livello mondiale, non avrà a patirne.

Peccato che i giuristi inglesi non condividessero affatto questo sillogismo. Robert Phillimore, modesto autore ma autorevole esponente dell'alta magistratura oltre che deputato<sup>(120)</sup>, esprimeva un'opinione diffusa tra i suoi colleghi quando scriveva, nell'ultima edizione del suo manuale, che « there cannot be *pro parte pax, pro parte bellum*, commerce at peace, armies at war ». La pretesa di mettere al riparo la proprietà individuale dalla violenza della guerra rischiava di allungare a dismisura i conflitti. « This new system of the

<sup>(118)</sup> *Ibidem*, p. 725.

<sup>(119)</sup> C. BLUNTSCHLI, *Du droit de butin en général et spécialement du droit de prise maritime*, in R.D.I.L.C., 1877, p. 557.

<sup>(120)</sup> Giudice della corte di ammiragliato dal 1867 — dove prende il posto del noto Stephen Lushington — e, dopo la riforma giudiziaria del 1873, giudice alla divisione della corte suprema che si occupava di cause marittime. Dal 1853 al 1857 aveva seduto alla Camera dei comuni.

Sovereign's war and the subject's peace», ammoniva, «is really a device for lengthening war, and delaying peace»<sup>(121)</sup>. Non vi può essere guerra tra gli Stati e pace tra i privati: questa massima conta il massimo numero di adepti in Inghilterra dove si preferisce limitare gli inconvenienti della guerra facendo appello ad un sano pragmatismo. La strada della ricerca di una concordia dottrinale che i giuristi europei avrebbero dovuto percorrere si annunciava quindi tutta in salita.

### 6.1. *Il dibattito all'Institut de droit international*

Quando l'*Institut de droit international* mise all'ordine del giorno nel 1874 questo argomento non si poteva sostenere che fossero stati compiuti grossi progressi dai tempi della Dichiarazione di Parigi. Le vecchie tesi e le consuete riserve rimanevano tutte sul tappeto senza che la diplomazia fosse venuta in soccorso per dissipare dubbi e apprensioni.

La commissione nominata con il compito di studiare questo tema annoverava studiosi di primo piano: ne facevano parte Bulmerincq, Calvo, Cauchy, Hautefeuille<sup>(122)</sup>, de Laveleye, Pierantoni, Alberic Rolin, Sclopis, Vidari, Westlake e Woolsey. Ciò che colpisce in questa compagine è la presenza di alcuni dei campioni più ferventi dell'immunità della proprietà privata come il belga Laveleye e l'italiano Vidari. Tutto lasciava sperare che il risultato dell'indagine sarebbe stato propizio al principio che individualmente questi autori avevano abbracciato con tanta determinazione.

Senonché il dibattito che doveva seguire l'anno successivo, nel 1875 alla sessione dell'Aia, rivelerà quanto fosse illusoria questa previsione.

L'Istituto si divide in due parti: da un lato gli autori continentali che si oppongono alla cattura della proprietà privata, dall'altra gli inglesi che la difendono. Gli argomenti degli inglesi erano variegati.

---

<sup>(121)</sup> R. PHILLIMORE, *Commentaries upon International Law*, London, 1885, ed. postuma, v. III, p. 362.

<sup>(122)</sup> Laurent-Basile Hautefeuille (1805-1875), avvocato alla corte di appello di Parigi, dopo un breve passaggio nella magistratura, è divenuto celebre per i suoi lavori sul diritto internazionale marittimo i quali, per quanto talvolta faziosi, erano tra i migliori e, soprattutto, tra i più apprezzati dell'epoca.



Secondo Montague Bernard la cattura non era assimilabile al bottino bensì ad una operazione di guerra vera e propria, necessaria alla sicurezza degli Stati marittimi <sup>(123)</sup>. Lorimer metteva in guardia chi voleva sopprimere un mezzo di guerra che era, in fin dei conti, il meno disumano, non senza aggiungere, *de iure condendo*, l'opportunità di prevedere l'indennizzazione a carico dello Stato di appartenenza dei cittadini « espropriati » nel corso delle ostilità <sup>(124)</sup>. Twiss assimilava la nave avversaria a un'estensione del territorio nemico <sup>(125)</sup>, mentre Westlake deduceva il diritto di cattura dalla circostanza che navi e marinai della marina mercantile potessero all'occorrenza ingrossare le fila delle forze militari avversarie, rimettendosi alla coscienza dei belligeranti per eventuali temperamenti <sup>(126)</sup>.

« C'est là une question politique, à l'égard de laquelle les juristes n'ont aucune compétence ». Montague Bernard aveva parlato chiaro e forte. Il colpo era duro: il velo dell'obiettività scientifica era caduto, mettendo a nudo le logiche nazionali. Non solo: la vituperata categoria della « necessità militare », che suscitava sdegno quando ad invocarla erano i generali prussiani, tornava a galla tra i flutti del mare sotto specie di una non meno vaga e inquietante « coscienza giuridica dei belligeranti ».

Tanta resistenza non basta comunque a scoraggiare l'Istituto. La posizione inglese non impedisce alla grande maggioranza di adottare le conclusioni della commissione sotto forma di una risoluzione che auspicava l'adesione universale al principio dell'immunità della proprietà nemica, salvo il contrabbando di guerra e la violazione del blocco.

Siamo solo alla prima scaramuccia. La discussione era tutt'altro che chiusa, e non solo per l'opposizione britannica. Restavano da chiarire i limiti dell'immunità, questione sulla quale si era constatata incertezza anche tra i suoi fautori. A provvedervi sarà nella sessione del 1877 a Zurigo un rapporto di Bulmerincq, ispirato da Laveleye e tradotto dal giurista russo in un fine ordito di argomenti e proposte.

---

<sup>(123)</sup> *Annuaire abrégé*, cit., *session de la Haye*, 1875, p. 41.

<sup>(124)</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>(125)</sup> *Ibidem*.

<sup>(126)</sup> *Ibidem*.

Le conclusioni cui perveniva il documento possono ridursi a due essenzialmente:

- a) immunità per la proprietà privata nemica sia che navighi sotto bandiera nemica o neutrale;
- b) confisca del contrabbando, delle navi che tentano di violare il blocco e di quelle che hanno preso parte o sono destinate a prendere parte alle ostilità.

Se qualcuno pensava che il dotto rapporto di Bulmerincq potesse fare breccia nell'ostinazione inglese si sbagliava di grosso. Montague Bernard, che anche in questa circostanza non smentiva la sua reputazione d'inguaribile nazionalista, attacca il documento proprio nel punto più cruciale: quello in cui associava in uno stesso destino la sorte della proprietà neutra e nemica. Che si desse la priorità alla trattazione del problema della neutralità, esortava Montague, in quanto era quello su cui tradizionalmente si registravano i maggiori punti d'intesa. Quanto alla cattura della proprietà privata ogni discussione in materia era prematura.

Come era prevedibile il copione si ripete: l'Istituto vota nuovamente, a maggioranza, una risoluzione che stabilisce i seguenti punti:

- a) la proprietà privata neutra o nemica sotto bandiera nemica o neutra è inviolabile, salvo contrabbando e violazione di blocco;
- b) il blocco è effettivo quando impedisce l'accesso al porto bloccato mediante una forza sufficiente;
- c) la corsa è proibita;
- d) il diritto di visita è ribadito con alcune cautele procedurali.

La guerra di posizione continua. Nel 1882 alla sessione di Torino, Westlake e Lorimer, debbono nuovamente dissociarsi. Con una lettera indirizzata ai colleghi, i due studiosi, assenti dall'assemblea, stigmatizzano la scelta di fondere in uno stesso progetto due temi di ben diversa complessità: quello dei diritti neutrali, a loro parere suscettibile di giungere a buon fine; l'altro, il più spinoso, quello dell'immunità, destinato a scontrarsi con l'immane monito: « No important maritime State can safely abdicate its right » <sup>(127)</sup>. Lo scontro tra giuristi continentali e inglesi è, sul punto della proprietà nemica, irriducibile: la sessione di Torino si chiude con un voto, dieci contro

---

<sup>(127)</sup> *Ibidem*, p. 850.

sette, su un articolo proposto da Laveleye che ne dichiarava l'inviolabilità parziale <sup>(128)</sup>.

Quest'ultima scaramuccia doveva segnare il canto del cigno della rivendicazione liberale dell'immunità. Da quel momento in poi il suo destino sarà segnato: essa conoscerà un'opposizione crescente fino ad essere del tutto accantonata <sup>(129)</sup>.

## 6.2. *La parola agli ammiragli*

Può sembrare curioso che il ripensamento in chiave polemica della guerra marittima sia venuto dai francesi, la cui marina non era nemmeno lontanamente comparabile in numero e potenza di fuoco a quella britannica. In realtà il movente che ispirava la *Jeune École* dei militari francesi era proprio quello di compensare questa debolezza, con un'adeguata strategia compensativa. Quale? Colpire il commercio nemico, proprio come i vecchi corsari francesi, ma questa volta con veloci navi corazzate. L'ammiraglio Aube, qualche tempo prima di accedere alla carica di ministro della marina, affidava alla *Revue des deux mondes* una confidenza che era già di per sé un'ordine di sevizio per lo Stato maggiore generale: « Tout ce qui frappe l'ennemi dans sa richesse », spiegava l'ammiraglio, « *a fortiori* tout ce qui l'atteint dans les sources mêmes de cette richesse devient non seulement légitime, mais s'impose comme obligatoire. Il faut donc s'attendre à voir les flottes cuirassées, maîtresses de la mer, tourner leur puissance d'attaque et de destruction, à défaut d'adversaires se déroband à leurs coups, contre toutes les villes du littoral, fortifiées ou non, pacifiques ou guerrières, les incendier, les ruiner ou tout au moins les rançonner sans merci » <sup>(130)</sup>.

<sup>(128)</sup> *Ibidem*, p. 859.

<sup>(129)</sup> Lo stesso *Institut* finirà per rassegnarsi: alla sessione di Christiania si registrano opinioni contrapposte; stante lo scetticismo sulla possibilità di ottenere udienza con le proposte più innovative, l'assemblea decide di elaborare due manuali: uno basato sul presupposto dell'immunità, l'altro su quello della cattura. Nel manuale di Oxford sulla guerra navale del 1913, si legge all'art. 33 che « public and private vessels of enemy nationality are subject to capture, and enemy goods on board, public or private, are liable to seizure » (*Resolutions*, cit., p. 181).

<sup>(130)</sup> *La guerre maritime et les ports militaires de la France*, in *Revue des Deux-Mondes*, 1882, p. 337.

L'eco di queste teorie non tarderà a percorrere le distese atlantiche. Nel 1890 usciva in America un libro destinato a un considerevole successo: *The Influence of Sea Power upon History* dell'ammiraglio Mahan, ex ufficiale della marina statunitense <sup>(131)</sup>. Due anni dopo seguiva dello stesso autore un'opera in due volumi sulla guerra marittima in epoca napoleonica che chiudeva il cerchio con un contributo di notevole impatto storiografico. La dottrina di Mahan era ben più articolata di quella di Aube, ma il nocciolo alla fine se ne avvicinava: in passato e ancora più in futuro — questa la tesi — la sorte delle guerre sarebbe stata decisa dalla capacità di strangolare il commercio nemico. Nulla di strepitosamente nuovo, quindi, tranne che il momento in cui questa elaborata arringa vedeva la luce, decisamente il più propizio per accreditare una lettura realista di stampo pessimistico e hobbesiano delle relazioni internazionali. Nel clima di sospetto che contrassegna le corrispondenze delle cancellerie europee il monito pareva tanto tempestivo quanto inquietante: la forza dell'egemonia e non la prudenza del diritto è la migliore garanzia della pace; ogni altro approccio è illusorio e pericolosamente velleitario. Ora che una forma di neo-mercantilismo prendeva piede soppiantando il dogma liberoscambista; ora che nuove potenze navali si affacciavano sulla scena, la cautela era d'obbligo: forse il miglior mezzo per preservare la pace era davvero pensare alla guerra. Non stupisce che l'iniziativa del presidente USA McKinley di rilanciare nel 1898 la questione dell'immunità con la proposta di un accordo anglo-americano cada nel vuoto: altre erano divenute le apprensioni che incupivano i gabinetti europei <sup>(132)</sup>.

Questa atmosfera finisce per contagiare anche la scienza del diritto internazionale che una vena di scetticismo aveva d'altronde sempre covato. I giuristi cominciano a dubitare della capacità della loro materia di tenere a freno la naturale conflittualità degli Stati in competizione fra loro.

Dapprima il cambio di registro avviene su un piano squisita-

---

<sup>(131)</sup> Sull'autore e l'opera, W.E. LIVEZEY, *Mahan on Sea Power*, Norman, Oklahoma, 1981<sup>2</sup>.

<sup>(132)</sup> J.W. COOGAN, *The End of Neutrality. The United States, Britain, and Maritime Rights (1899-1915)*, Ithaca and London, 1981, pp. 26-27.

mente culturale, sotto forma di un avvicinamento dei giuristi continentali alle un tempo detestate dottrine inglesi.

L'acuto Charles Dupuis, un esperto in materia, non esita a riconoscere di trovare le dottrine inglesi più convincenti <sup>(133)</sup>, ammissione niente affatto innocua se si pensa agli strali di un Hautefeuille di mezzo secolo prima. « La capture de la propriété privée ennemie n'est, somme toute, que la sanction de la défense faite à l'adversaire de se servir de la mer » <sup>(134)</sup>. Evidentemente gli ammiragli non hanno parlato in vano! E in effetti, qualora vi fosse ancora un dubbio sulla sua convinzione, il fine giurista francese provvede a spazzarlo via: la guerra alla proprietà privata nemica non solo è legittima ma anche strategicamente necessaria: « Ce n'est donc point par contradiction, mais par analogie avec la guerre continentale, que la guerre maritime peut chercher à troubler le commerce, à interrompre les relations économiques de la population ennemie. Puisque la pression sur le gouvernement et sur la masse de la nation est l'élément qui décide, en fin de cause, à la guerre, il s'agit sur terre de priver gouvernement et peuple de l'usage du territoire; sur mer, de les priver de l'usage des routes maritime. *Priver l'adversaire de l'usage de la mer, tel est le véritable objet de la guerre maritime proprement dite* » <sup>(135)</sup>.

Persino sul versante italiano, tradizionalmente favorevole al principio dell'immunità, si fanno sentire voci di acuto dissenso dal liberalismo di un tempo, motivate in termini non dissimili da quelli cari ai più agguerriti *realpolitiker* europei. Nell'eventualità di una guerra contro l'Austria, suggerisce maliziosamente Tullio Giordana, « noi potremmo forse chiudere l'Adriatico, il quale è ormai un'arteria economica essenzialmente austriaca e mantenere il Tirreno aperto al nostro commercio ». Quanto all'art. 211 del Codice della marina mercantile « anche per l'Italia non costituisce che un impe-

---

<sup>(133)</sup> « Nous avouons que les doctrines anglaises sur le droit de la guerre nous paraissent plus exactes, plus profondes, et aussi ouvertes à tous les progrès réalisables que les théories basées sur la formule intégrale de Rousseau » (Ch. DUPUIS, *Le droit de la guerre maritime d'après les doctrines anglaises contemporaines*, Paris, 1899, p. 17).

<sup>(134)</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>(135)</sup> *Ibidem*, p. 45.

gno morale, e nessuno è tenuto a mantenere patti che possono riuscirgli funesti » (136).

Questa era esattamente la melodia che i giuristi inglesi, tetragoni nelle loro posizioni, attendevano da tempo di sentire.

In quegli stessi anni, Westlake rammenta che l'assioma di Rousseau, sul quale reggeva tutta l'argomentazione di coloro che reclamano l'immunità della proprietà nemica, è radicalmente falso: « The individuals who form the groups called states are not authorised by natural justice to disclaim the responsibility attaching to the actions of those States ». Pertanto la guerra al commercio nemico è perfettamente lecita: « There is no principle, consistent with the existence and nature of war, on which a belligerent can be required to abstain from trying to suppress his enemy's commerce under his flag » (137).

I giuristi britannici hanno gioco facile: conoscono troppo bene lo spartito per lasciarsi sfuggire l'occasione di riproporlo. Era quasi ovvio ricordare come il bersaglio della guerra sul mare non fosse la proprietà privata nemica in quanto tale bensì il commercio ostile, che è cosa ben diversa, rappresentando la fonte di sostentamento dello sforzo bellico dell'avversario (138). L'ammiraglio Mahan continua a fare discepoli, come Pearce Higgins che ripete diligentemente la lezione: « The prevention of its continuance of commerce both by land and sea, the blockade of ports, the capture of goods in transit — these are the tapping of the arteries of the national life. The maintenance of the rule of capture of enemy merchant ships and enemy cargoes thereon I consider to be both the most economical and effective means of producing the paralysis of national life to which Admiral Mahan refers » (139).

---

(136) T. GIORDANA, *La proprietà privata nelle guerre marittime*, Torino-Roma, 1907, p. 92.

(137) J. WESTLAKE, nota introduttiva a A. LATIFI, *Effects of War on Property*, London, 1910, pp. 150 e 152.

(138) Citando Mahan, un autore inglese, Bentwich, osserva che questa distinzione è « the crux of the whole question » in quanto « it should be fairly recognised that maritime capture is directed not against private property but against *national commerce* » (N. BENTWICH, *The Law of Private Property in War, with a Chapter on Conquest*, London, 1907, p. 87).

(139) A.P. HIGGINS, *War and the Private Citizen*, London, 1912, p. 68.

Non meno forte suonava la consueta obiezione alla logica umanitaria della proposta: chi poteva dire che fosse davvero eticamente commendevole salvaguardare i beni a costo di prolungare lo spargimento di sangue? <sup>(140)</sup>. Non bastavano le buone intenzioni per mutare lo stato naturale delle cose: la guerra, con tutta la sua carica di violenza, è strutturalmente incompatibile con un pacifico e ordinario commercio. E poi che si desse ascolto al severo insegnamento che impartiva il buon senso storico: la necessità bellica è una forza difficile da contenere; quand'anche il diritto riuscisse ad imbrigliarla, essa troverebbe comunque uno sfogo alla sua impetuosità. Ponderatezza e cautela, innanzitutto, esorta Bentwich, invitando i colleghi alla pazienza, vera e propria « golden rule in international law »: « When theory gets ahead the practice », avverte, « there is danger of an extreme revulsion » <sup>(141)</sup>.

7. *La pace attraverso la guerra? Il diritto bellico alle Conferenze dell'Aja e di Londra (1899, 1907, 1909)*

Quando alla fine del 1898 lo Zar convoca inaspettatamente una grande conferenza sulla pace, la riflessione della scienza giuridica mostrava chiari segni di stanchezza. In assenza di impulsi esterni che ne ravvivassero l'entusiasmo era improbabile che riuscisse con la sola forza della persuasione a ottenere qualche risultato concreto.

L'iniziativa della diplomazia russa di riunire due conferenze internazionali per consacrare il diritto della guerra a qualche anno di distanza fra loro — la seconda Conferenza dell'Aja è del 1907 — giungeva a coronamento del lungo lavoro di preparazione che ad esso aveva dedicato la dottrina giuridica.

Poteva sembrare in qualche modo singolare che si perseguisse la

---

<sup>(140)</sup> « The extent to which some Continental theorists press the sacredness of private property in their exposition of international law as it should be ('Droit des gens'), almost brings their purpose into conflict with the other leading aim of the modern laws of war; which is to humanise national conflicts and to save unnecessary suffering and loss of life. To prevent a belligerent attacking the resources of an enemy as well as his armed forces is really to prolong the war, to increase the sacrifice of life, and to add to, rather than to diminish, the sufferings of national strife » (BENTWICH, *op. cit.*, p. 139).

<sup>(141)</sup> *Ibidem*, p. 89.

pace preparando la guerra. Ma l'andamento dei negoziati avrebbe rivelato presto che non esistevano molte alternative — a parte le speranze riposte nell'arbitrato.

In effetti il disarmo, che costituiva uno degli appuntamenti di questa offensiva diplomatica, verrà rapidamente accantonato dopo poca discussione: decisamente i tempi non erano ancora maturi per vincere le diffidenze reciproche. Al contrario, la lunga elaborazione del diritto bellico offre il destro per un'opera di codificazione in grande stile. La Conferenza del 1899 adotta una convenzione (la n. II) e un regolamento annesso che verranno perfezionati nel 1907 (convenzione n. IV) sulla guerra terrestre, oltre ad altre convenzioni, dichiarazioni e voti concernenti diversi aspetti della guerra terrestre e navale <sup>(142)</sup>. Degna di nota quale complemento di questo sforzo è anche la convenzione, adottata a Ginevra il 6 luglio 1906, sul miglioramento della condizione dei militari feriti e malati nel corso delle operazioni belliche.

L'opera realizzata più che innovare consolida. Il regolamento di Bruxelles del 1874 offre la falsariga da cui poco si discosta la convenzione dell'Aja. In altri casi, l'impossibilità di giungere a un consenso compromette l'adozione di norme necessarie nella guerra moderna. Tuttavia, scontati questi limiti evidenti <sup>(143)</sup>, il risultato

---

<sup>(142)</sup> Per la precisione, la Conferenza del 1899 adotta la suddetta convenzione n. II sulle leggi di guerra e la convenzione n. III, sull'adattamento della convenzione di Ginevra del 1864 alla guerra navale, entrambe ratificate dalla quasi totalità degli Stati partecipanti. Essa adotta anche tre dichiarazioni sul divieto dell'uso dei gas asfissianti, del bombardamento dagli aerostati, nonché dei proiettili dum-dum. La Conferenza dell'Aja del 1907 adotta la convenzione (n. III) sulla dichiarazione di guerra, la n. IV sulle leggi della guerra terrestre — che introduce poche modifiche rispetto a quella del 1899 — la convenzione n. VI sul destino delle navi nemiche allo scoppio delle ostilità, la n. VII sulla conversione dei mercantili in navi da guerra, la n. VIII sulle mine sottomarine, la n. IX sul bombardamento da parte di forze navali, la n. X che introduce modifiche alla convenzione del 1899 sul rispetto della convenzione di Ginevra nella guerra navale, infine la n. XI sui limiti del diritto di cattura nella guerra navale.

<sup>(143)</sup> Per non dire poi dell'ipoteca che grava sotto forma di « *clausula si omnes* », secondo la quale, nel caso in cui uno dei belligeranti non sia firmatario delle convenzioni, queste non trovano applicazione. Tipico l'art. 2 della convenzione n. VI del 1907: « The provisions contained in the Regulations referred to in Article 1 as well as in the present Convention, do not apply except between contracting Powers, and then only if all belligerents are parties to the Convention ».



appare come un sicuro traguardo che chiude degnamente un'epoca d'intensa mobilitazione intellettuale sul tema. Certo, essa termina un capitolo più che aprirne uno nuovo, ma già questo non è merito da poco.

Quanto alla Conferenza navale di Londra, di essa diremo a proposito della neutralità, limitandoci per ora a segnalare la sua rilevanza nella questione della conversione delle navi mercantili in navi da guerra.

Vediamo ora sinteticamente i punti salienti dell'impresa dell'Aja, illustrata per comodità nel suo insieme, includendo in un solo sguardo il 1899 e il 1907.

#### A) *La dichiarazione di guerra*

La convenzione n. I del 1907 vincola gli Stati contraenti ad aprire le ostilità dopo *ultimatum* o dichiarazione e li obbliga altresì a notificare ai neutrali lo stato di guerra. Senza esagerare l'importanza di questo impegno, si può dire che esso rientrasse nell'economia di una conferenza che affermava il principio « trattare e mediare prima di sparare ». Pensiero tanto più commendevole tenuto conto dell'assenza di una norma di diritto internazionale consuetudinario che obbligasse ad una previa dichiarazione di guerra.

#### B) *L'immunità della proprietà privata nemica*

Sulla questione che tanto aveva animato il confronto all'*Institut*, il fallimento è totale. Alla Conferenza del 1907 gli Stati Uniti reiterano la proposta di esentare la proprietà nemica dalla cattura, salvo il contrabbando, suscitando così l'irritazione degli inglesi che non hanno difficoltà a farla respingere <sup>(144)</sup>. La stessa determinazione degli americani a rinnovare la loro tradizionale posizione non appariva del resto troppo ferma. La lezione dell'ammiraglio Mahan aveva trovato consensi crescenti e già si delineava nell'*establishment* militare americano USA una politica di allineamento con l'indirizzo

---

<sup>(144)</sup> Intervento dell'ambasciatore Choate alla quarta commissione, il 28 giugno 1907 in *Actes et documents*, t. III, *deuxième, troisième et quatrième commissions*, cit., pp. 750-764. Anche cfr. C. DeARMOND DAVIS, *The United States and the Second Hague Peace Conference*, Durham, 1975, p. 229.

inglese, anche in vista di un'intesa strategica di lungo termine <sup>(145)</sup>. L'esitazione a sostenere la rivendicazione dell'immunità cresceva in proporzione diretta all'aumento del potenziale bellico tedesco e solo la tenacia di Theodore Roosevelt aveva prevalso sulle reticenze dei collaboratori <sup>(146)</sup>.

Un progresso degno di nota era la definitiva ammissione dell'esenzione dalla cattura dei battelli da pesca <sup>(147)</sup>. Ad agevolarlo era stata la Corte suprema americana con la decisione sul caso *Paquete Habana* (1900), quando aveva rilasciato l'imbarcazione catturata riconoscendo l'esistenza di una norma di diritto internazionale che accordava l'immunità ai battelli esclusivamente votati alla pesca sulla base di considerazione umanitarie <sup>(148)</sup>.

Non così fortunata è la proposta di abolire l'*embargo* delle navi nemiche presenti nelle acque ostili allo scoppio delle ostilità. Gli inglesi si oppongono al riconoscimento dell'obbligatorietà della prassi invalsa nell'ultimo mezzo secolo di concedere alle navi mercantili nemiche alcuni giorni di grazia per lasciare i porti. L'art. 1 della convenzione « relative au régime des navires de Commerce Ennemis au Début des Hostilités » prevede questa concessione come meramente facoltativa: « il est désirable... ».

Quanto al bombardamento da parte delle forze navali di centri abitati, esso è sottoposto a condizioni restrittive, che tuttavia non lo escludono del tutto.

<sup>(145)</sup> COOGAN, *op. cit.*, pp. 58-63.

<sup>(146)</sup> Roosevelt aveva mostrato la sua riverenza per la tradizionale politica marittima americana in un libro scritto nel 1882 sulla *Naval War of 1812* (COOGAN, *op. cit.*, pp. 65-69).

<sup>(147)</sup> Art. 3 della convenzione sulle restrizioni alla cattura marittima (n. XI).

<sup>(148)</sup> « This review of the precedents and authorities on the subject appears to us abundantly to demonstrate that at the present day, by the general consent of the civilized nations of the world, and independently of any express treaty or other public act, it is an established rule of international law, founded on considerations of humanity to a poor and industrious order of men, and of mutual convenience of belligerent States, that coast fishing vessels (...) are exempt from capture as prize of war. This rule of international law is one which prize courts, administering the law of nations, are bound to take judicial notice of, and to give effect to, in the absence of any treaty or other public act of their own government in relation to the matter » (J.B. SCOTT, *Prize Cases Decided in the United States Supreme Court, 1789-1918*, Oxford, 1923, t. III, p. 1944).

C) *La condizione dei combattenti*

La convenzione sulle leggi della guerra terrestre confermava l'intento umanitario nel trattamento dei prigionieri di guerra, ricevendo senza sorprese l'essenziale dell'opera di codificazione svolta nel mezzo secolo precedente.

Inoltre, la Conferenza della pace riusciva là dove un primo tentativo in tal senso era fallito vent'anni prima, ottenendo che le norme della convenzione di Ginevra fossero estese e adattate alla guerra marittima. La protezione delle navi-ospedale sembrava il minimo che si potesse realizzare di concreto in tal senso dopo i resoconti delle sanguinose battaglie navali nel Pacifico che avevano scosso l'opinione pubblica internazionale.

D) *La disciplina dell'occupazione bellica*

All'Aja nel 1899 la questione delle requisizioni aveva visto i delegati divisi in tre gruppi: alcuni rigettavano la stessa idea di requisizione in quanto contrastante con il rispetto della proprietà privata; altri sostenevano la necessità di una regolamentazione, seppure ammettendo il principio dell'intangibilità della proprietà privata; altri ancora, destinati alla fine a prevalere, chiedevano che gli articoli della convenzione di Bruxelles del 1874 venissero adottati <sup>(149)</sup>. Alla fine l'articolo approvato — rettificato solo marginalmente nel 1907 — sanciva un ragionevole compromesso, pur residuando la questione niente affatto secondaria di chi e come avrebbe pagato le requisizioni <sup>(150)</sup>. A maggior ragione, le contribuzioni di guerra erano ancora più contestate delle requisizioni. L'esazione della proprietà privata sembrava ancora meno giustificabile; ma anche in questo caso prevale la tradizione in una forma attenuata <sup>(151)</sup>.

Rispetto al Lieber Code, punto di partenza dell'itinerario dello

---

<sup>(149)</sup> Il dibattito in *Conférence internationale de la Paix, la Haye, 18 mai-29 juillet 1899*, cit., pp. 133-141.

<sup>(150)</sup> Le requisizioni dovevano essere « en rapport avec les ressources du pays » e documentate con regolare ricevuta, quando non era possibile pagarle immediatamente (art. 52, *Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*).

<sup>(151)</sup> Art. 49: « Si en dehors des impôts visés à l'Article précédent, l'occupant

*ius in bello*, il bilancio dell'Aja appariva nel segno di un moderato progresso. Mentre nel 1863 l'enfasi cadeva sui diritti dell'occupante nel 1899-1907 si era spostata sulla rubrica dei doveri. Era più una questione di accento che di sostanza, ma rivelava comunque la fedeltà a una tradizione di crescente perfezionamento delle leggi di guerra. Non vi erano state né accelerazioni spettacolari né repentine smentite, ma piuttosto una cauta miglìoria.

#### E) *Limitazioni all'uso delle armi*

Il risultato è modesto. Il bilancio della Conferenza del 1899 è una serie di dichiarazioni che vietano rispettivamente l'uso dei proiettili dum-dum, il lancio di bombe da aerostati, e il ricorso ai gas asfissianti. Ma occorre precisare subito che la durata della seconda dichiarazione era di soli cinque anni e che per tutte e tre valeva la clausola dell'efficacia limitata al caso di guerra tra le parti; qualora intervenissero potenze non-firmatarie esse cessavano di essere obbligatorie.

Inoltre avevano ricevuto un trattamento insoddisfacente le due questioni forse più delicate in quel frangente storico: l'uso delle mine marine e il bombardamento.

In occasione della guerra russo-giapponese, il mondo aveva scoperto l'esistenza e la pericolosità delle mine galleggianti. Le notizie di *sampan* cinesi saltati sugli ordigni lasciati dai contendenti riempivano le pagine di un vero bollettino di guerra, abbastanza lungo da giustificare l'attenzione della Conferenza. Ci si poteva attendere che in questo campo la coesione umanitaria prevalessse sulla logica militare. Ma niente da fare. Anche in tal caso la linea di divisione tra i delegati corre lungo il più prevedibile degli spartiacque: la Germania è riluttante a legarsi le mani troppo strettamente nell'uso di un'arma preziosa per un paese esposto al rischio di blocchi; gli inglesi, più fiduciosi nella loro forza, premono per limitarla. Gli stessi Stati Uniti appaiono restii a circoscrivere l'uso di un'arma così temibile solo per placare le ansie britanniche. Il risultato è un articolo che lascia ampia libertà di manovra ai belligeranti. Non vi è nulla che proibisca di piazzare mine in

---

prélève d'autres contributions en argent dans le territoire occupé, ce ne pourra être que pour les besoins de l'armée ou de l'administration de ce territoire ».

alto mare, né che vieti di collocarle al largo delle coste nemiche, senza riguardo per il traffico commerciale <sup>(152)</sup>.

Quanto al bombardamento, è vero che esso era stato proibito a danno di aree non difese (« undifended » <sup>(153)</sup>). Sennonché, riguardo al bombardamento da parte di forze navali, era stato precisato che la proibizione non valeva per tutti gli impianti e i materiali d'interesse militare, i quali potevano essere colpiti <sup>(154)</sup>. Ora, non appariva arbitrario interpretare la prima proibizione alla luce di questa seconda, tanto più che il concetto di impianto d'interesse militare era per sua natura abbastanza vago. Ed inoltre, nulla era detto del bombardamento da parte di forze aeree, salvo a volere estendere la previsione concernente gli aerostati a questo mezzo di combattimento affine <sup>(155)</sup>.

#### F) *Conversione dei mercantili in navi da guerra*

Per comprendere l'importanza di una questione che a prima vista sembra non rivestirne molta, occorre premettere che l'abolizione della corsa aveva lasciato un vuoto cui gli Stati s'ingegnavano di rimediare. A parte i francesi che non avevano accettato di buon grado la soppressione della corsa, vissuta come « une restriction arbitraire et peu justifiable du droit sacré de défense personnelle » <sup>(156)</sup>, gli altri Stati avevano provveduto a trovare surrogati più moderni.

Si ha l'impressione che la corsa, espulsa dalla porta principale, riappaia dalla finestra sotto mentite spoglie. Le sembianze che assume sono quelle certo più rispettabili ma anche meno romantiche della « marina ausiliaria ». Vascelli da commercio apprestati per il combattimento e comandati da ufficiali della marina da guerra:

---

<sup>(152)</sup> L'art. 2 della convenzione n. XII vieta di piazzare mine davanti alle coste dell'avversario « dans le seul but d'intercepter la navigation de commerce ». Sarebbe bastato allora che il belligerante indicasse un altro scopo! L'art. 3 impegnava il belligerante a segnalare le zone pericolose ai neutrali ma solo « aussitôt que les exigences militaires le permettront ».

<sup>(153)</sup> Art. 25 dell'annesso alla convenzione n. IV del 1907.

<sup>(154)</sup> Art. 2, convenzione n. IX del 1907.

<sup>(155)</sup> Cfr. BEST, *op. cit.*, p. 263.

<sup>(156)</sup> PILLET, *Les lois de la guerre*, cit., p. 59.

l'unica formalità consiste nel comando da parte di personale militare e nell'iscrizione nella lista delle navi da guerra.

Non abbastanza per evitare la patente di corsari secondo i sarcastici giuristi inglesi che gridano all'ipocrisia dei colleghi continentali <sup>(157)</sup>. Sennonché, a sua volta, il governo inglese non rimaneva inattivo, stipulando convenzioni con le grandi compagnie di navigazione per ottenere la disponibilità a fini militari del naviglio civile in caso di guerra.

Soprattutto per le potenze navali più deboli, la risorsa di convertire all'occorrenza naviglio commerciale in vascelli da guerra non era affatto trascurabile. Vi avevano fatto ricorso i prussiani nel 1870 e i russi nel 1904. Ovvio allora che la posta in gioco sembrasse troppo elevata perché le diplomazie fossero disposte a cedere su un punto strategicamente così vitale. Nulla di più logico che all'Aja e a Londra la Conferenza non riesca a conseguire alcun accordo sulla conversione delle navi mercantili in navi da guerra in alto mare, accontentandosi solo di adottare una convenzione (la n. VII del 1907) che sancisce principi già acquisiti <sup>(158)</sup>. Mentre infatti questa libertà di conversione stava molto a cuore alle potenze centrali, come la Germania, sostenuta nell'occasione da Russia e Francia, al contrario inglesi, americani e giapponesi vi si opponevano con tenacia. Nell'impossibilità di raggiungere un'intesa soddisfacente, malgrado i buoni uffici del delegato italiano, la questione era destinata a restare indecisa <sup>(159)</sup>. Sarebbe forse spettato al costituendo tribunale internazionale delle prede, come suggeriva il giurista austriaco Hold

<sup>(157)</sup> Polemizzando con Bluntschli, Hall osservava a proposito della flotta volontaria impiegata dai prussiani nel 1870 che si trattava né più né meno che di corsa sotto mentite spoglie. «The sole real difference between privateers and a voluntary navy is then that the latter is under naval discipline, and it is not evident why privateers should not also be subjected to it» (HALL, *op. cit.*, p. 521).

<sup>(158)</sup> Le due norme più importanti sono l'art. 3, che impone il comando di un ufficiale della marina militare, e l'art. 6 che vincola il belligerante a includere il vascello nella lista delle navi da guerra.

<sup>(159)</sup> «Tous admettaient la faculté de transformer pendant la guerre un navire de commerce en bâtiment de guerre, mais se séparaient quand il s'agissait de déterminer le lieu où cette transformation était possible» (*Proceedings of the International Naval Conference, held in London, December 1908-February 1909, Annexe No. 119, Transformation des navires de commerce en bâtiments de guerre, Rapport présenté à la Conférence au nom de la Commission*, London, 1909, p. 340).

Ferneck, di risolvere il problema dell'ammissibilità dell'ingresso di navi mercantili così trasformate nei porti neutrali <sup>(160)</sup>.

G) *Sanzioni e « Martens' clause »*

La conferenza del 1907 aveva munito il regolamento del 1899 di una sanzione, prevedendo (art. 3) che la violazione delle sue disposizioni da parte di un belligerante avrebbe comportato il risarcimento per danni, oltre alla responsabilità per gli atti commessi dai membri delle proprie forze armate. Non era ancora la responsabilità penale, affidata quest'ultima ai soli codici nazionali, ma era pur sempre un passo in avanti <sup>(161)</sup>.

La dichiarazione che passa sotto il nome di « Martens », dal giurista che la propose, mirava invece a assicurare i rappresentanti degli Stati più piccoli, timorosi delle conseguenze che avrebbe potuto comportare la negazione dello statuto di combattente alla popolazione civile, se non nel caso ben delimitato della « levée en masse » all'approssimarsi del nemico <sup>(162)</sup>. Orbene, la dichiarazione Martens, inserita nel preambolo del regolamento del 1899 (poi convenzione n. IV del 1907) sulla guerra terrestre, stabilisce che « nei casi non previsti » la popolazione e i belligeranti « restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisés... ».

8. *Il bilancio di un'epoca*

Da ogni punto di vista il raccolto mietuto all'Aja doveva annoverarsi tra i successi della dottrina del diritto internazionale — una

---

<sup>(160)</sup> A. Freiherr HOLD von FERNECK, *Die Reform des Seekriegsrechts durch die Londoner Konferenz 1908/9*, Stuttgart, 1914, p. 225.

<sup>(161)</sup> La responsabilità penale, per i soli militari dei paesi sconfitti, verrà enunciata dal Trattato di Versailles.

<sup>(162)</sup> La regola era tratta dal regolamento di Bruxelles: « La population d'un territoire non occupé qui, à l'approche de l'ennemi, prend spontanément les armes pour combattre les troupes d'invasion (...) sera considérée comme belligérante si elle porte les armes ouvertement... » (art. 2 conv. 1907). Per il dibattito nella seconda commissione il 20 giugno 1899, cfr. SCOTT, *The Proceedings of the Hague Peace Conferences*, cit., *The Conference of 1899*, pp. 547-555.

vera conquista di civiltà. Non bastavano ad offuscarla le inevitabili ambiguità e reticenze degli stati maggiori generali nella fase della messa in opera <sup>(163)</sup>, né l'implacabile rigore di quei giuristi, come Albert Zorn, che avvertivano di non aspettarsi troppo dalla norma giuridica in quanto il diritto bellico era pur sempre frutto di una spontanea limitazione della insindacabile volontà sovrana dello Stato <sup>(164)</sup>. Nessuno doveva dimenticare che « der Humanität nur soweit Rechnung getragen werden kann, als sie die freie Entfaltung des militärischen Vorgehens, der 'militärischen Aktion' nicht hindert ». Il monito di Lueder era dunque sempre attuale: la ragione di guerra è la misura della legittimità del diritto di guerra: « Maßgebend ist im Kriege nur die militärische Gewalt <sup>(165)</sup> ».

Negli anni della *Belle Époque* questa minaccia incombente non impressiona: nessuno presagisce ancora i campi di Verdun. I nostri giuristi ignoravano che stava finendo un'epoca.

Uno storico celebre ha definito il periodo tra il 1814 e il 1914 come la « pace dei cento anni » <sup>(166)</sup>. L'affermazione può sembrare una mera *boutade* al cospetto dei numerosi conflitti che costellano questo periodo. Ma non è così. Le guerre non sono tutte uguali. Quelle cui alludiamo erano state limitate nel tempo, combattute da eserciti regolari, concluse con la creazione di durevoli assetti diplomatici. Il disagio arrecato alle popolazioni civili, rispetto alle esperienze precedenti e — sfortunatamente — a quelle successive, era

---

<sup>(163)</sup> Il giurista francese Mérignhac lamentava l'asprezza delle direttive tedesche sulla guerra terrestre del 1902 (*Kriegsgebrauch im Landkriege*) accusate di disattendere nello spirito, se non addirittura nella lettera, le regole del diritto internazionale consuetudinario e persino di tacere sulla convenzione del 1899 (A. MÉRIGNHAC, *Les théories du grand état-major allemand sur les « lois de la guerre continentale » mises en regard de la doctrine, de la pratique des divers États et des décisions de la conférence de la Haye de 1899*, in R.G.D.I.P., 1907, pp. 197-239).

<sup>(164)</sup> Seguendo le orme del padre Philip, Albert Zorn riconduce il diritto bellico alla sovranità statale: « Diese Einschränkung erfolgt nicht von außen her gegen den Staat, sondern von innen heraus als Äußerung des souveränen Staatswillens, der damit erklärt, seinerseits gewisse Arten kriegerischen Vorgehens im Kriege nicht mehr zur Anwendung bringen zu wollen » (A. ZORN, *Das Kriebsrecht zu Lande in seiner neuesten Gestaltung*, Berlin, 1906, p. 17).

<sup>(165)</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>(166)</sup> K. POLANYI, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, trad. it., Torino, 1974, pp. 329-330.



stato (si fa per dire) quasi trascurabile. È significativo che il conflitto più sanguinoso combattuto nel mondo occidentale nel XIX fosse stata una guerra civile — quella americana — mentre il prototipo dello scontro interstatale europeo — il conflitto di Crimea — avesse alterato in misura minima il corso regolare dei rapporti tra i sudditi degli Stati coinvolti. Questo risultato — quale che sia il giudizio che se ne voglia dare — era un frutto dei tempi ed anche, in misura non secondaria, una creazione della dottrina che dal *Lieber Code* all'Aja detta le regole della *guerre en forme*.

Senonché la parentesi — verrebbe da dire quasi: felice — stava per chiudersi. La guerra che si avvicinava avrebbe sconvolto gli equilibri costruiti pazientemente da una scienza giuridica che, come la maggior parte degli Europei, non sospettava che prova la attendesse.

\* \* \*

Nel 1914 nessuno si attendeva una guerra lunga e nessuno prevedeva che i civili sarebbero stati massicciamente coinvolti nelle operazioni belliche. In altre parole, l'immaginazione dell'opinione pubblica non aveva nemmeno sfiorato gli orrori della guerra totale. Era inevitabile allora che l'opera realizzata in vista di uno scenario diverso — una guerra rapida condotta da militari contro militari — rendesse la « codificazione » in più di un caso lacunosa e inadeguata. I bombardamenti di centri abitati, l'uso dei gas <sup>(167)</sup>, il ricorso alle mine <sup>(168)</sup> e alla guerra sottomarina indiscriminata, la creazione di zone di guerra, le prolungate occupazioni di territori, l'internamento dei civili, i blocchi alimentari, rivelano i limiti e le timidezze dell'opera dell'Aja. Non tanto timida e lacunosa però da essere messa in mora: la Grande Guerra, a dispetto dei drammi di cui è stata teatro, non ha disintegrato il diritto bellico classico — come si sostenne a

---

<sup>(167)</sup> In merito al dibattito suscitato dall'uso dei gas da parte dei tedeschi a Ypres nell'aprile 1915, cfr. J.W. GARNER, *Recent Developments in International Law*, Calcutta, 1925, pp. 326-330.

<sup>(168)</sup> La posa di mine, iniziata dai tedeschi, era stata giustificata su due basi giuridiche: la prima era che la convenzione dell'Aja non era vincolante al riguardo, non essendo stata ratificata dalla Russia; la seconda, che la Germania aveva apposto una riserva al momento della ratifica (cfr. E. TURLINGTON, *Neutrality. Its History, Economics and Law*, v. III. *The World War Period* (1936), New York, 1976, p. 37).

caldo dopo la fine delle ostilità. Vale la pena notare, ad esempio, che anche quelle convenzioni dell'Aja che non erano state ratificate da tutte le potenze in conflitto, fossero nondimeno osservate, seppure in piccola parte, quali dichiarative di principi consuetudinari <sup>(169)</sup>. Date le circostanze, appariva certo una magra consolazione, come di poco sollievo era la constatazione che nei rapporti tra forze armate regolari fosse compiuto lo sforzo di ottemperare alle leggi di guerra più sedimentate. Ma era possibile pretendere di più?

---

<sup>(169)</sup> J.W. GARNER, *International Law and the World War*, London, 1920, pp. 20-21.

## CAPITOLO TERZO

### VICISSITUDINI DELLA NEUTRALITÀ

1. I doveri degli Stati neutrali: a proposito del « caso Alabama ». — 2. I vincoli al commercio neutrale: antefatti, temi e precursori della controversia ottocentesca. — 3. La disputa sulla neutralità dal Congresso di Vienna alla svolta del 1856. — 4. Il monito della Guerra civile americana. — 5. Gli sforzi della dottrina per giungere a un consenso. — 6. Tempi duri per la neutralità: l'involuzione di fine secolo. — 7. Le Conferenze dell'Aja (1907) e di Londra (1909): si riaccende la speranza. — 8. L'ora del disincanto.

Abbiamo seguito finora la dottrina nel suo sforzo di umanizzare la guerra tra i belligeranti mediante una limitazione dell'impulso distruttivo verso persone e cose. Se la guerra era una relazione di ostilità fra Stati e non fra individui, ogni atto che andasse oltre lo scopo di debellare le forze militari avversarie doveva essere in linea di principio bandito o quantomeno circoscritto a casi d'imperiosa necessità.

La preoccupazione lodevole di placare l'istinto aggressivo dei contendenti doveva a maggior ragione estendersi a coloro che fossero terzi imparziali rispetto al conflitto, i neutrali appunto. Posto che la guerra era un male inevitabile nella dinamica delle relazioni tra Stati, che almeno le sue ripercussioni fossero limitate ai belligeranti risparmiando chi intendesse proseguire pacificamente nel consueto traffico internazionale. Dietro tale ovvio principio allignava l'idea tipicamente liberale di uno spazio economico percorso da un fitta rete di scambi transnazionali la cui stabilità appariva troppo vitale per venire alterata dalle arcaiche tenzioni militari degli Stati.

Senonché questa comprensibile aspirazione dei terzi a rimanere tali fra il clangore delle armi appariva in concreto difficile da conciliare con l'impeto di una lotta che investiva tutti gli aspetti della vita dei contendenti, a cominciare da quello commerciale. Tagliare fuori il nemico dai traffici con gli altri Stati era spesso strategica-

mente più decisivo che affrontarlo sui campi di battaglia. Si poteva sempre addurre a giustificazione di questa pratica che se anche i neutrali vi rimettevano una parte dei loro profitti, il danno era sempre minore rispetto a uno spargimento di sangue prolungato. Ciò che importava veramente non era forse l'esaurimento nel più breve tempo possibile delle operazioni belliche? Come vedremo a tempo debito gli argomenti non mancavano a favore delle due tesi opposte e ciò spiega perché tutta la letteratura giuridica sulla guerra nel corso del XIX secolo sia occupata per un buon terzo dal tema della neutralità, in assoluto il più spinoso e controverso del diritto bellico.

« La neutralità non è possibile tra l'Imperatore e i suoi vassalli » aveva risposto il generale Tilly al Langravio di Hesse nel 1623 durante la Guerra dei Trent'anni <sup>(1)</sup>: un secolo dopo tale asserzione non era più concepibile ora che l'ordinamento internazionale si era di fatto emancipato da quella traccia di ipoteca universalistica che era il dominio eminente dell'Impero.

Che cosa significasse neutralità era ormai sufficientemente chiaro nel periodo che ci interessa.

A differenza di un Grozio che stentava a mettere a fuoco la condizione de *hi qui in bello medii sunt* <sup>(2)</sup>, la dottrina dei suoi epigoni settecenteschi non ha esitazioni: i neutri sono tenuti ad una condotta imparziale, quale che sia la bontà della causa dei singoli contendenti <sup>(3)</sup>. Le ragioni di questo approdo le conosciamo già: la diatriba

(1) « Nicht Neutralität, Gehorsam heisst es; euer Herr ist Fürst des Reiches: der Kaiser dessen Oberhaupt », avrebbe esclamato Tilly. L'aneddoto è riportato da Ph. JESSUP, F. DEAK, *Neutrality. Its History, Economics and Law*, V. I, *The Origins*, New York, 1935, p. 5.

(2) Per Grozio i neutrali si devono astenere dal recare soccorso a chi conduca una guerra per un'*improba causa*. La sua nozione di neutralità è quindi ancora contaminata dalla persistenza della teoria della giusta causa: « Vicissim eorum, qui a bello abstinent, officium est nihil facere quo validior fiat ist, qui improbam fovet causam, aut quo iustum bellum gerentis motus impediatur » (H. GROTIJ, *De iure belli ac pacis*, (1625) ed. P. C. MOLHUYSEN, pref. di C. Van VOLLENHOVEN, Lugduni Batavorum, 1919, lib. III Cap. 17 § III, 1, p. 636).

(3) Significativo a tale riguardo il seguente passo di Bynkershoek: « Exposui compendio, quid mihi videatur de officio eorum, qui ex foedere nihil quicquam debent, sed perfecte sunt neutrarum partum. Hos simpliciter amicos appellavi, ut a Foederatis et Sociis distinguerem. Si recte disputavi, placere non potest, quod video placere plerisque,

sul *bellum iustum* aveva perduto peso in una cultura giuridica che aveva maturato la scelta per una concezione laica e avalutativa delle regioni dei contendenti. Non poteva essere materia di discussione il fatto che la neutralità fosse una condizione che comportava, accanto al diritto di restare immuni dalla violenza dei belligeranti, il dovere di stretta osservanza dell'imparzialità, esulando pertanto da essa ogni forma intermedia di « semi-astensione ».

Con buona approssimazione si può indicare quale nozione maggioritaria di neutralità la seguente tratta dal manuale di Lawrence: « La condition des Etats qui, en temps de guerre, ne prennent aucune part au conflit, mais continuent leurs relations pacifiques avec les belligérants » (4).

#### 1. *I doveri degli Stati neutrali: a proposito del « caso Alabama »*

Ad essere dibattuto non era tanto il contenuto della neutralità nella guerra terrestre, i cui aspetti davvero rilevanti si riducevano a due: la sorte delle truppe che si rifugiassero in territorio neutrale e la licenza di passaggio sullo stesso che fosse richiesta da uno dei contendenti. Nel primo dei due casi era pacifico che lo Stato neutrale procedesse all'internamento; nel secondo si prescriveva che il diritto accordato ad uno non fosse rifiutato all'altro. In entrambi, la dottrina si fa udire in tal senso con una voce pressoché unanime.

I dubbi cominciano invece ad affiorare sul terreno scivoloso dei limiti del dovere di astensione richiesto ai neutrali. Certo, era fuori discussione che lo Stato che si dichiarasse neutrale doveva impedire il reclutamento di truppe sul proprio territorio. I *Foreign Enlistment Acts* americano e inglese (5), la legislazione-pilota su questo argo-

---

qui de jure Publico scripserunt, alterum nempe amicum, cuius causa potior et justior mihi videtur, a me iuari et posse et deberi; neque tantum rebus bellicis, sed et aperto bello, si res postulat. Improbe, rebus enim alienis se immiscere nequaquam probum est » (C. van BYNKERSHOEK, *Questionum juris publici libri duo*, Lugduni batavorum, 1737, p. 70).

(4) T.J. LAWRENCE, *Les principes de droit international*, (1913), trad., Oxford, 1920, p. 608.

(5) Questa legislazione incrimina il comportamento dei sudditi che procedano al reclutamento di truppe per conto di potenze straniere o ad altre iniziative a carattere militare (la legislazione americana è del 1794 e 1818, quella inglese è del 1819 e 1870).

mento, rafforzano più che creare la normatività di una consuetudine che viene considerata già vincolante dalla dottrina: acconsentire all'arruolamento di truppe sul proprio territorio era comunque considerato una violazione della neutralità.

Molto meno sicura era invece la risposta al quesito se lo Stato neutrale dovesse spingere il suo zelo sino ad impedire ai propri sudditi di fabbricare e vendere armi ed altri articoli di contrabbando ai contendenti sul proprio territorio. Il caso dell'*Alabama* di cui si è detto a riguardo dell'arbitrato era nato proprio dall'accusa rivolta dal governo americano a quello inglese di aver violato l'obbligo di impedire la costruzione e la partenza del vascello poi battezzato con quel nome, allorché più di un indizio tradiva la vera missione cui era destinato, ovvero sia la guerra di corsa al servizio della Confederazione. Inutili erano stati gli avvertimenti reiterati del ministro americano per sollecitare da parte delle autorità britanniche il sequestro della nave.

Ma a dispetto del fatto che il tribunale arbitrale di Ginevra finisse per accogliere il nocciolo della tesi americana, nondimeno la dottrina si divide sull'ampiezza di questo obbligo: esisteva davvero una norma internazionale di questo tenore? E che onere accollava ai neutri?

Due autori continentali, Gessner e Bluntschli, ne riconoscevano senz'altro l'esistenza <sup>(6)</sup>. Per il giurista svizzero non vi erano dubbi: « Lorsqu'un État, fût-ce même par simple défaut de surveillance, a rendu possible et toléré la sortie d'un semblable corsaire, au préjudice d'un État ami, c'est là dans tous les cas une faute très grave, pour laquelle l'État lésé est bien autorisé à demander une réparation » <sup>(7)</sup>.

Diversa l'opinione della maggioranza degli autori inglesi nel vivo della controversia.

---

<sup>(6)</sup> « Ce n'est pas seulement le transport de la contrebande qui est défendu; la vente à un belligérant sur territoire neutre d'articles de contrebande est également prohibée » (L. GESSNER, *Le droit des neutres sur mer*, Berlin-Paris, Londres, 1865, p. 143). « Il suffit que l'intention de venir en aide à l'un des belligérants soit manifeste, pour que l'État neutre soit tenu d'intervenir, alors même que l'armement du navire de guerre ou du corsaire ne serait que préparé ou commencé » (BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, cit., p. 439).

<sup>(7)</sup> J.-C. BLUNTSCHLI, *Opinion impartiale sur la question de l'Alabama*, cit., p. 472.

Il battagliero Montague Bernard <sup>(8)</sup>, difensore accanito e brillante delle ragioni britanniche <sup>(9)</sup>, escludeva perentorio l'esistenza di un siffatto obbligo nel diritto internazionale consuetudinario: « To constitute an expedition by sea », scrive nel 1870, « these things are necessary: A ship or ships capable of being used for war; An armement, greater or less; A present intention that the ship and armement shall be used for war <sup>(10)</sup> ». Solo quando tali requisiti si trovassero combinati, sarebbe stato possibile parlare di un'iniziativa ostile dal territorio neutrale; in caso contrario, nessuna responsabilità in tal senso poteva addossarsi allo Stato che avesse tollerato il varo di una nave solo in ipotesi suscettibile di ingrossare la flotta di un belligerante. Basarsi sull'evanescente « hostile intent » dei costruttori o degli acquirenti per addossare la responsabilità allo Stato neutrale equivaleva a dilatarne oltremisura l'onere di diligenza e in ogni caso, concludeva Bernard, in presenza di una nave priva di armi « the intention may be present, but there are not the means » <sup>(11)</sup>.

In termini pressoché identici si esprime un altro giurista britannico di chiara fama, Edward Hall, una delle voci più autorevoli in materia, quando, poco dopo la decisione ginevrina, afferma che non esisteva affatto un divieto giuridico internazionale del tenore sostenuto dagli americani, cosicché: « A ship of war may be built and armed to the order of a belligerent, and delivered to him outside neutral territory ready to receive a fighting crew; or it may be delivered to him within such territory, and may issue as belligerent property, if it is neither commissioned nor so manned as to be able to commit immediate hostilities, and if there is not good reason to believe that an intention exists of making such fraudulent use of the

---

<sup>(8)</sup> Montague Bernard (1820-1882) è il primo titolare della cattedra di diritto internazionale fondata a Oxford nel 1854.

<sup>(9)</sup> Bernard non era proprio « au-dessus de la mêlée » in questa vicenda. Infatti, era stato designato dal governo britannico a far parte della commissione incaricata di negoziare con gli americani il Trattato di Washington ed aveva redatto, insieme a sir Roundell Palmer (Lord Selborne), l'*argument* inglese presentato davanti al tribunale arbitrale di Ginevra.

<sup>(10)</sup> M. Bernard, *A Historical Account of the Neutrality of Great Britain during the American Civil War*, London, 1870, p. 392.

<sup>(11)</sup> *Ibidem*, p. 400.

neutral territory »<sup>(12)</sup>. Dedurre dal divieto di consentire spedizioni ostili dal proprio territorio quello di impedire il varo di una nave suscettibile di impegno ostile era andare troppo oltre. Al massimo si poteva forse sostenere che un tale consuetudine fosse in via di formazione.

Dato per scontato il fastidio degli scrittori britannici di fronte agli addebiti americani<sup>(13)</sup>, bisogna ammettere che l'intera vicenda prestava il fianco a qualche recriminazione. Apparentemente le tre regole di Washington che nel 1871 i plenipotenziari americani e inglesi avevano posto a base della decisione del tribunale arbitrale di Ginevra sembravano dettate da considerazioni di mera ragionevolezza. Esse impegnavano i governi neutrali a: (art. 1) usare una « due diligence » per prevenire la costruzione e l'armamento sul loro territorio di ogni nave « which it has reasonable ground to believe is intended to cruise or to carry on war », nonché di impedirgli di salpare; (art. 2) di vietare ai belligeranti di fare uso di porti neutrali come basi per operazioni belliche o per reintegrare e ampliare le loro scorte; (art. 3) di esercitare ogni opportuna diligenza per impedire la commissione delle suddette violazioni da parte di chiunque nei luoghi soggetti a propria giurisdizione<sup>(14)</sup>. Regole di buon senso, dunque.

Eppure formalmente mancavano precedenti tali da consentire di individuare una vera e propria norma di diritto consuetudinario. Non a caso il governo britannico aveva detto a chiare lettere al momento della stipulazione di non considerare quelle norme come in vigore al tempo dei fatti contestati. Se acconsentiva ad ammetterle a base della decisione accettando che fossero applicate al caso concreto, per così dire retroattivamente (art. 6 del Trattato), era solo quale concessione in nome di una pacificazione diplomatica con gli USA<sup>(15)</sup>.

---

(12) W.E. HALL, *The Rights and Duties of Neutrals*, London, 1874, p. 69.

(13) Anche William Harcourt, figura di spicco dell'*establishment*, è tra i più brillanti nel difendere la tesi del governo (cfr. A.G. GARDINER, *The Life of Sir William Harcourt*, London, 1921, t. I, pp. 144-148).

(14) C. PARRY, *The Consolidated Treaty Series*, t. 143, pp. 149-150.

(15) Ancora in seguito, d'altronde, i due governi manifesteranno dissenso per via diplomatica sulla reale portata delle regole di Washington (cfr. J. H.W. VERZIJL,



Suscettibilità nazionali a parte, che fondamento sostanziale avevano queste doglianze? La circostanza che il Parlamento britannico si affrettasse nel 1870 ad emendare il *Foreign Enlistment Act* per includervi anche l'ipotesi della costruzione navale valeva come ammissione implicita di una lacuna dell'ordinamento. Con il tempo anche gli stessi ipernazionalisti giuristi britannici finiranno per riconoscerlo: negligenza vi era stata nel caso *Alabama*, e palmare <sup>(16)</sup>. Ma cosa sarebbe accaduto in casi meno eclatanti? Restava da vedere ciò che dovesse intendersi per « due diligence ». In generale la dottrina appare esitante a spingere troppo oltre il principio della responsabilità dello Stato per gli atti contrari alla neutralità commessi nel proprio territorio. La materia era di quelle che presentavano ampie zone grigie, gravide di dense implicazioni diplomatiche: la cautela era d'obbligo. Se era vero infatti che lo Stato neutrale potesse essere chiamato a rispondere degli atti compiuti nella sua giurisdizione che rappresentassero un danno o pericolo per gli altri Stati, altrettanto certo era — come ben rilevava un giurista italiano — che « la designazione degli atti che sono oggetto ai doveri di astensione degli Stati neutrali, non può *a priori* costituire una traccia sicura degli obblighi a cui deve informarsi la condotta individuale » <sup>(17)</sup>. In altre parole, dall'enunciazione in astratto dei doveri di vigilanza al riconoscimento in concreto di una responsabilità ne correva, tanto più che era necessario, volta per volta, dare la prova dell'inottemperanza all'onere di diligenza di fronte ad iniziative di sudditi ai quali, in linea di principio, non era penalmente vietato il traffico di contrabbando in tempo di guerra.

Le tre regole di Washington non hanno quindi vita facile. Nel 1875 Neumann pronuncia una sentenza di condanna senza appello: « Nées des exigences du moment, désavouées par l'une des puissances ».

---

*International Law in Historical perspective, Part IX-B, The Law of Neutrality*, Alphen, 1979, p. 166).

<sup>(16)</sup> Nel 1893, Thomas Walker, pur ribadendo che con le regole di Washington il governo britannico aveva acconsentito a farsi giudicare da regole « exceeding in severity those whose obligatory force she acknowledged », ammetteva che « the British Government dit not, it must be confessed, show 'due' — that is, a reasonably sufficient — diligence in the fulfilment of its neutral duty » (Th. A. WALKER, *The Science of International Law*, London, 1893, pp. 467 e 494).

<sup>(17)</sup> G. OTTOLENGHI, *Il rapporto di neutralità*, Torino, 1907, p. 301.

ces contractantes dès le début des négociations, sujettes aux interprétations les plus contraires, ces 3 règles contiennent plutôt le germe de future discordes, qu'elles ne serviraient à diminuer les guerres ou à les rendre moins funestes »<sup>(18)</sup>. Vent'anni dopo i dubbi restavano. « Si l'on admet leur autorité »<sup>(19)</sup>, specificava prudentemente Pillet ancora nel 1901 ricordando come formalmente esse non avessero ricevuto l'adesione di altri Stati oltre ai firmatari.

Non stupisce che occorra attendere la seconda Conferenza dell'Aja nel 1907 perché l'obbligo per il governo neutrale di impedire l'equipaggiamento di un vascello con sospetta destinazione ostile divenga canonico. Questa regola era chiara a sufficienza per imporsi quale norma consuetudinaria<sup>(20)</sup>. Meno agevole sarà, come vedremo a sua tempo, trovare l'accordo sull'assistenza alle navi da guerra belligeranti. La formulazione del 1871 era a tale riguardo così vaga da lasciare adito alle interpretazioni più divergenti.

Al di là della risonanza tutta particolare dell'affare *Alabama*, il punto davvero rilevante era proprio nell'aver mostrato con una nitidezza senza precedenti l'urgenza di giungere in questa materia altamente conflittuale alla sedimentazione di regole accette all'intera comunità internazionale.

## 2. *I vincoli al commercio neutrale: antefatti, temi e precursori della controversia ottocentesca*

Con tutto ciò, gli aspetti del problema neutralità esaminati fin qui sono lunghi dall'essere i più contenziosi. Per imbattersi in uno scontro autenticamente epico occorre prendere il largo verso le grandi rotte commerciali che solcano le vastità oceaniche perché è lì

(18) R.D.I.L.C., 1875, pp. 433-434.

(19) PILLET, *Les lois de la guerre*, cit., p. 291.

(20) « A neutral Government is bound to employ the means at its disposal to prevent the fitting out or arming of any vessel within its jurisdiction which it has reason to believe is intended to cruise or engage in hostile operations, against a Power with which that Government is at peace. It is also bound to display the same vigilance to prevent the departure from its jurisdiction of any vessel intended to cruise, or engage in hostile operations, which has been adapted entirely or partly within the said jurisdiction for use in war » (art. 8, *convention N. 13 respecting the rights and duties of neutral powers in maritime war*).

che i diritti della neutralità vengono sottoposti alla prova più dura e nasce la sfida per la dottrina giuridica a trovare una difficile composizione. Prede, contrabbando, diritto di visita, blocco sono alcune delle parole chiave di una contesa che attraversa i secoli risalendo fino agli albori dello *ius gentium* <sup>(21)</sup>.

La questione era antica, non così il dibattito teorico, in quanto solo con l'intensificarsi del conflitto per l'egemonia su scala globale nel corso del Sei-Settecento la dottrina prende chiara coscienza dell'enorme rilievo della questione. Di fronte ai possenti colpi che Francia e Inghilterra si sferrano per la conquista del primato sullo scacchiere europeo e sulle latitudini coloniali, si fa subito chiaro che la posizione degli spettatori era tutt'altro che confortevole. Dal XVII secolo in poi, da quando cioè il trattato di Westfalia sancisce un duraturo assetto poliarchico della morfologia geopolitica europea, gli Stati marittimi di medio e piccolo livello si vedono periodicamente costretti a disputare alla brutalità di potenti belligeranti il proprio diritto a restare fuori dalla mischia. Diplomazia e scienza giuridica intrecciano i fili di una trama che s'infittisce ad ogni recrudescenza della lotta.

Degli innumerevoli episodi che costellano la disputa tra neutri e belligeranti, più di un motivo induce a ritenere particolarmente emblematico quello che va sotto il nome di « Neutralità armata del 1780 ». Benché la sostanza delle rivendicazioni che indussero a quella lega non fosse di per sé inedita <sup>(22)</sup>, la reputazione di questo evento diplomatico è comunque ben meritata per la risonanza che

---

(21) Il Prof. Vismara ha rintracciato alcune testimonianze dello sviluppo di una consuetudine internazionale sul contrabbando nei divieti di commercio con i saraceni emessi dagli imperatori bizantini nel X secolo con riferimento a determinati prodotti suscettibili indirettamente di impiego bellico (G. VISMARA, *Scritti di storia giuridica*, t. VII, *comunità e diritto internazionale*, Milano, 1989, pp. 514-515).

(22) Il caso precedente più celebre è quello del « prestito slesiano » quando, reagendo alla confisca di navi prussiane da parte della marina inglese durante la guerra tra Inghilterra e Francia, Federico il Grande aveva sospeso per rappresaglia il pagamento di un prestito contratto dagli austriaci con Londra e da lui ereditato dopo la conquista della Slesia. In quella circostanza, i prussiani si erano eretti a paladini del principio *navire libre, marchandise libre* « avec l'unique exception des marchandises de contrebande, et de celles qu'on transporte dans des ports des ennemis bloqués par des vaisseaux de guerre » (Ch. de MARTENS, *Causes célèbres du droit des gens*, Leipzig-Paris, 1827, t. II, p. 76).

produsse nelle Corti europee e soprattutto per l'eco senza precedenti che gli tributò la dottrina. Posto che la storia della neutralità è contrassegnata da una sostanziale continuità di pratiche e relative giustificazioni, alcune vicende più di altre hanno esercitato un'influenza duratura nel modo di percepire e di argomentare le rivendicazioni delle parti in causa. Quella del 1780 è una di queste date e lo è al punto da poter essere scelta come termine iniziale simbolico nel dibattito contemporaneo sulla questione<sup>(23)</sup>. A giustificare questa preferenza basta un'agevole constatazione: mai prima di allora il conflitto di interessi si era posto con altrettanta chiarezza ed aveva assunto dimensioni così imponenti nelle dissertazioni dei giuristi, al punto da divenire un riferimento costante per il dibattito sulla neutralità fino alla Prima Guerra Mondiale<sup>(24)</sup>.

È men che probabile che la Zarina Caterina, cui va il merito formale di aver tenuto a battesimo questa azione diplomatica, avesse un'idea della portata della decisione che assumeva<sup>(25)</sup>. Non così i suoi consiglieri che la ispirarono e soprattutto le diplomazie dei Paesi baltici che accolsero con favore la proposta di impensierire l'insolente Westminister. Questi i fatti in breve: nel corso della guerra americana, Russia, Danimarca e Svezia, esasperate dalle pretese accampate da inglesi e spagnoli, che gareggiavano nell'imporre le più severe restrizioni al traffico neutrale, convenivano di porre alcuni punti fermi sui diritti e doveri delle neutralità. In primo luogo affermavano il principio che le merci nemiche che non fosse contrabbandando erano esenti da cattura quando caricate su navi

---

(23) Il che non toglie nulla al peso dei precedenti diplomatici cui questa lega del 1780 deve molto (precedenti messi in rilievo da C.J. KULSRUD, *Maritime Neutrality to 1780*, Boston, 1936).

(24) Alcuni dei principali esperti ottocenteschi di diritto internazionale se ne sono occupati, da Bergbohm, a Fauchille che vi dedicano documentate monografie, sino all'intera schiera dei manuali che vi prestano un'attenzione più o meno ampia. È significativo che ancora nel 1918, il Prof. James Brown Scott ritenesse attuale riproporre in un volume del *Carnegie Endowment for International Peace*, i documenti ufficiali e le opinioni dei pubblicisti sul tema (*The Armed Neutralities of 1780 and 1800. A collection of official documents preceded by the views of representative publicists*, New York, 1918).

(25) La storia diplomatica della lega è ricostruita da I. de MADARIAGA, *Britain, Russia, and the Armed Neutrality of 1780. Sir James Harris' Mission to St. Petersburg during the American Revolution*, London, 1962.

neutrali. In secondo luogo rivendicavano il diritto per le navi neutrali di navigare liberamente lungo le coste delle nazioni in guerra e tra i loro porti. In terzo luogo, ribadivano il concetto che il blocco delle coste nemiche per essere opponibile ai neutrali dovesse risultare effettivo, ovverosia assicurato da una forza navale sufficiente e stazionante in prossimità della costa. Infine, esigevano che le decisioni delle corti delle prede tenessero conto delle suddette regole <sup>(26)</sup>. Per conferire a questa dichiarazione la credibilità necessaria, la lega capeggiata dalla Russia ammoniva che avrebbe resistito con la forza — di qui neutralità « armata » — ad ogni attentato contro quelle che considerava prerogative naturali <sup>(27)</sup>.

Inevitabilmente votata ad un successo diplomatico effimero di fronte all'ostinazione inglese <sup>(28)</sup>, questa manovra ebbe tuttavia un merito che va oltre i temporanei benefici reali che ne trassero i suoi promotori: ossia quello di fornire una traccia chiara e duratura per la riflessione dottrinale che alla dichiarazione del 1780 guarderà costantemente nelle drammatiche vicissitudini in cui sarebbe incorsa di lì a poco la neutralità con le guerre napoleoniche. Non a caso, quando nel 1800 si riprodurrà un forte momento di tensione tra belligeranti e non, la neutralità armata di venti anni prima tornerà di attualità e verrà puntualmente riproposta come scudo all'arroganza inglese. Diverso il pretesto, analoga la risposta. La nuova edizione della neutralità armata arricchisce la storia di un capitolo ulteriore:

---

<sup>(26)</sup> De MARTENS, *Recueil des traités*, t. III, pp. 158-160.

<sup>(27)</sup> « 1. Que les vaisseaux neutres puissent naviguer librement de port en port et sur les côtes des nations en guerre. 2. Que les effets appartenans aux sujets des dites Puissances en guerre, soient libres sur les vaisseaux neutres, à l'exception des marchandises de contrebande. (...) 4. Que pour déterminer ce qui caractérise un port bloqué, on n'accorde cette dénomination qu'à celui, où il y a, par la disposition de la Puissance qui l'attaque avec des vaisseaux arrêtés et suffisamment proches, un danger évident d'entrer. 5. Que ces principes servent de règle dans les procédures et les jugemens sur la légalité des prises » (J.H.W. VERZIJL, W.P. HEERE, J.P.S. OFFERHAUS, *International Law in Historical perspective, Part IX-C, The Law of Maritime Prize*, Dordrecht, 1992, p. 125).

<sup>(28)</sup> Riassunta efficacemente nel 1801 da Robert Ward, avvocato che scrive una confutazione delle tesi avverse alla dottrina inglese su richiesta di Lord Grenville così esaustiva da ricevere l'onore di una ristampa nel 1875 (cfr. R. WARD, *A Treatise of the Relative Rights and Duties of Belligerent and Neutral Powers in Maritime Affairs: in which the Principles of Armed Neutrality and the Opinions of Hubner and Schlegel are fully discussed*, London, 1801).

il rifiuto opposto alla richiesta dei belligeranti di esercitare il diritto di visita delle navi neutrali scortate in convoglio da un vascello da guerra. Senonché, anche questa lega avrà una vita ancora più breve della prima <sup>(29)</sup>. Rappresenta il simbolico giro di boa in una *querelle* che raggiunge il suo acme proprio tra il 1780 e il 1814, nell'*escalation* di blocchi e di rappresaglie innescata dallo scontro tra terra e mare aperto dalla Rivoluzione francese e destinato a chiudersi con la secca sconfitta di Napoleone. Per cogliere l'entità della posta, basta soffermarsi sull'episodio più icastico della partita — il biennio 1806-7 — quando al decreto di Berlino che vieta ogni forma di commercio con le isole britanniche, dichiarate in stato di blocco, rispondono gli *Orders in council* inglesi che proclamano a loro volta il blocco della Francia e dei paesi alleati. L'opera è così portata a compimento: in un colpo solo i neutrali si vedono sbarrare i porti del Continente e le rotte del mare dai veti incrociati dei contendenti. Ed è appena il caso di ricordare che la guerra anglo-americana del 1812 sarà scatenata proprio dalla reazione del principale paese neutrale alle angherie britanniche. A partire da questo conflitto, che ancor prima della guerra aveva ispirato a James Madison un'importante riflessione sui diritti neutrali, la cultura politica e giuridica americana per quasi tutto l'Ottocento sarà dominata da una difesa appassionata e legalistica del diritto internazionale, e in particolare della neutralità, contro la *Balance of Power* europea <sup>(30)</sup>.

Ma lasciamo da parte date e fatti di una storia diplomatica ben nota <sup>(31)</sup> per chiederci piuttosto quali fossero le linee di riflessione seguite dalla dottrina nel vivo della lotta. Ciò è infatti premessa indispensabile per comprendere gli sviluppi successivi di tutta la vicenda.

Tetens, Ward, Schlegel, Lampredi, Galiani, Azuni, Stephen... Sa-

---

<sup>(29)</sup> Atti e corrispondenza essenziali in De MARTENS, *Recueil des traités*, t. VII, p. 172 e sgg.

<sup>(30)</sup> Il saggio di Madison, pubblicato nel 1806, s'intitola *An Examination of the British Doctrine, Which Subjects to Capture a Legal Trade, Not Open in Time of Peace* (la 'Regola del 1756' di cui parleremo più avanti) (P. ONUF, N. ONUF, *Federal Union, Modern World. The Law of Nations in an Age of Revolutions, 1776-1814*, Madison, 1993, pp. 146-147).

<sup>(31)</sup> L'opera di riferimento sull'argomento è W.A. PHILLIPS, A.H. REEDE, *Neutrality. Its History, Economics and Law*. T. II, *The Napoleonic Period*, New York, 1936.

rebbe inutilmente descrittivo e tedioso passare in rassegna analiticamente biografie e opinioni di autori noti e meno noti che in quell'arco di tempo ebbero a pronunciarsi sulla questione. La cacofonia delle opinioni distrae dagli aspetti centrali e confonde l'essenziale col superfluo. Meglio quindi isolare i problemi e mettere in risalto le soluzioni più rilevanti che di essi furono prospettate. A questo mi accingo ora in un ordine che rispecchia la gerarchia delle questioni:

#### A) *Contrabbando*

Il commercio dei neutrali con il nemico è lecito, tranne che per le merci di contrabbando. Il soggetto neutrale che intraprende il commercio di contrabbando lo fa a proprio rischio e pericolo: « Le commerçant neutre qui transporte de la contrebande de guerre s'expose au risque de la confiscation, mais il n'engage pas pour cela la responsabilité de l'État dont il est le ressortissant »<sup>(32)</sup>. Questa è la norma generalissima incontrastata di diritto internazionale. Le difficoltà cominciano con la definizione di contrabbando. Quali merci possono essere dichiarate suscettibili di confisca dai belligeranti? Quale regola applicare nel caso che a trasportare merci del nemico sia una stiva neutrale?

La dottrina classica, che poteva vantare a sua favore l'autorità di Grozio, distingueva tre categorie di merci: il contrabbando assoluto che abbracciava tutti gli utensili e le materie di immediato uso bellico, il contrabbando relativo, che designava le merci che potevano servire sia per scopi pacifici che guerreschi (*incipitis usu*), e gli oggetti innocui<sup>(33)</sup>.

Si capisce al volo che in questa classificazione la categoria più problematica fosse quella intermedia nella quale, a seconda delle circostanze, i belligeranti avevano incluso i beni più disparati, spaziando dal cotone al cibo<sup>(34)</sup>. « Perché una qualche merce può

<sup>(32)</sup> PILLET, *Les lois de la guerre*, cit., p. 315.

<sup>(33)</sup> « Primum distinguendum inter res ipsas. Sunt enim quae in bello tantum usum habent, ut arma: sunt quae in bello nullum habent usum, ut quae voluptati inserviunt: sunt quae et in bello et extra bellum usum habent, ut pecuniae, commeatus, naves, et quae navibus adsunt » (GROTIJ, *op. cit.*, Lib. III cap. I § V, 2, p. 477).

<sup>(34)</sup> Per Grozio era del tutto naturale che un belligerante potesse intercettare il trasporto al nemico di tutti quei beni che, nelle circostanze della guerra, recassero

servire direttamente agli usi di Guerra », scriveva Lampredi nel 1788, « non per questo diventa un contrabbando, e non per questo nasce subito al belligerante il diritto di perseguirla, e di farne preda in qualunque luogo si trovi, altrimenti bisognerebbe dire, che la Legge della Natura, e quella delle Genti, che ne è una emanazione, dà diritto alle nazioni in guerra di entrare a mano armate sulle terre di tutte le nazioni pacifiche, e di predare legittimamente tutto ciò che possa servire direttamente agli usi della guerra »<sup>(35)</sup>.

Lampredi aveva in mente la giurisprudenza inglese la quale non aveva lesinato alla propria marina gli strumenti giuridici per colpire chi intendesse fare affari a spese dei contendenti. In effetti nella prima metà del secolo XVIII, un autorevole magistrato britannico, Penrice, aveva dichiarato senza imbarazzo alcuno che « Sovereigns have the right to declare what shall be deemed contraband and have always done so »<sup>(36)</sup>. Mezzo secolo dopo, Lord Stowell, nella celebre sentenza sul *Jonge Margaretha* (1799), gli aveva fatto eco, precisando che persino un carico di semplice formaggio poteva divenire contrabbando « under circumstances arising out of the particular situation of the war or the condition of the parties engaged in it »<sup>(37)</sup>. Nel momento più acuto della lotta franco-inglese gli *Orders in council* emessi dal gabinetto di Westminster avevano dimostrato quale ampiezza di discrezionalità potesse arrogarsi un belligerante nella definizione della lista di contrabbando.

La linea di confine del dibattito su questo punto vitale passa pertanto tra coloro che preconizzano una demarcazione rigida dei

---

beneficio all'avversario, e tuttavia a condizione di restituirle o di pagarne il prezzo: « Nam si tueri me non possum nisi quae mittuntur intercipiunt, necessitas, ut alibi exposuimus, ius dabit, sed sub onere restitutionis, nisi alia causa accedat ». Se poi il neutrale aveva acconsentito a questo traffico nella consapevolezza di recare vantaggio ad uno dei contendenti — quando ad esempio il trasporto di determinati beni fosse stato definito contrabbando per mezzo di esplicita dichiarazione — l'altro era in diritto di confiscarli senza indennità (*Ibidem*, p. 477).

<sup>(35)</sup> Gio. M. LAMPREDI, *Del commercio dei popoli neutrali in tempo di guerra*, Firenze, 1788, parte prima, p. 79.

<sup>(36)</sup> Citato da H.J. BOURGUIGNON, *Sir William Scott, Lord Stowell, Judge of the High Court of Admiralty (1798-1828)*, Cambridge, 1987, p. 188.

<sup>(37)</sup> Nella fattispecie, la circostanza che il carico di formaggio fosse destinato a Brest, base navale francese, ed appartenesse alla qualità utilizzata per approvvigionamento da quella marina da guerra (*Ibidem*, p. 194).



generi di contrabbando, esigendo la proporzionalità tra il sacrificio imposto al neutrale e il vantaggio tratto dal belligerante <sup>(38)</sup>, e chi invece si appiglia al principio ineluttabile della necessità bellica, di cui riassume pressapoco così la *ratio*: inutile attendersi che un belligerante rinunci a bloccare il rifornimento di merci che giudica vitali per il nemico nella concitazione della lotta.

Come se questa diatriba non bastasse da sola a complicare la formazione di un consenso, anche la risposta alla seconda domanda — in che misura la bandiera neutrale protegga la merce nemica — vede fronteggiarsi due schieramenti apparentemente irconciliabili: il primo, capeggiato dalla giurisprudenza e dalla dottrina inglese, si ispira al Consolato del mare, autorizzando la confisca della merce nemica su nave neutrale e della merce neutrale se contrabbando; il secondo, di matrice olandese <sup>(39)</sup>, innalza il vessillo « libera merce in libera nave » — *free ship, free goods* o le *pavillon neutre couvre la marchandise* — esentando dalla confisca le merci nemiche imbarcate su navi neutrali che non rientrassero nel contrabbando assoluto, come armi, munizioni etc. <sup>(40)</sup>. Dei due, quello più severo con i

---

<sup>(38)</sup> La formula suggerita dall'abate Galiani in un celebre saggio sulla neutralità s'ispira a questo criterio di proporzionalità: « Che i neutrali, bilanciando il vantaggio del proprio commercio coll'imbarazzo e l'impedimento alle operazioni guerriere, che potrebbero causare ai guerreggianti, sostengano solo quella libertà, che ad essi produce grande utile e poco nuoce alle imprese militari de' combattenti; s'astengano per contrario, dal commercio o de' generi o de' luoghi, co' quali e ne' quali un piccolo profitto loro distruggerebbe e ruinerebbe le operazioni delle armate di quelli ». Più facile ad enunciarsi che ad applicarsi questa massima! Chi doveva ergersi a giudice di questa proporzionalità se non gli stessi belligeranti? La vicenda della Neutralità Armata doveva aver suscitato qualche illusione nel brillante abate napoletano (F. GALLIANI, *Dei doveri dei principi neutrali* (1782), ed. a cura di G.M. MONTI, Bologna, 1942, pp. 236-237).

<sup>(39)</sup> Il primo documento diplomatico di grande risonanza a fare proprio il principio *free ships, free goods* è il trattato tra Olanda e Francia del 18 aprile 1646 (cfr. B. CIALDEA, *La formazione dell'ordinamento marittimo nelle relazioni internazionali (secoli XIV-XVIII)*, t. II, *Dal Trecento alla Pace di Breda (1667)*, Milano, 1959, p. 204 e sgg.). Va peraltro aggiunto che la dottrina appariva più cauta riguardo alla regola. Il grande Bynkershoek ammetteva che, *de ipsa ratione*, la regola opposta, quella della confisca della merce nemica, fosse più logica: « Ea autem consulta non sum, qui videam, cur non liceret capere res hostiles, quamvis in navi amica repertas, id enim capio, quod hostium est, quodque iuri belli victori cedit » (BYNKERSHOEK, *Questionum* cit., p. 107).

<sup>(40)</sup> Come riassume bene lo scrittore danese Hubner, uno dei portavoce dei diritti dei neutri: « Le pavillon neutre couvre parfaitement la marchandise non-contrebande de

neutrali aveva dalla sua una consuetudine favorevole, cosicché all'altro, fatta eccezione per i trattati bilaterali che lo avevano stipulato, toccava in sorte di venire relegato al capitolo progettuale, *de iure condendo*, negli scritti di chi, come Azuni, dopo avere realisticamente descritto lo stato di fatto, auspicavano « che il diritto della bandiera neutrale sarà riguardato come inviolabile » (41). Per quanta simpatia potesse ispirare la causa dei neutrali, era certo che si rendeva un pessimo servizio alla scienza e agli stessi sovrani neutrali, pretendendo di forzare il significato di consuetudini longeve e avallando interpretazioni prive di un supporto documentario. E d'altronde non tutti coloro che sponsorizzavano l'adozione del nuovo sistema avevano le carte in regola per recriminare.

La normativa francese più risalente — in particolare l'ordinanza della marina del 1681 — non solo pronunciava la confisca della nave sorpresa a trasportare qualsiasi merce appartenente al nemico, ma anche quella delle merci neutrali trasportate su vascelli nemici. Quale che fosse la provenienza del marchio ostile, nave o carico, esso « contaminava » tutto, nave o carico che fosse. Il sistema, detto dell'*infection hostile*, era riassunto dal brocardo *robe d'ennemi confiscue celle d'ami* (42). Ma questa regola draconiana era stata gradualmente abbandonata nel corso del Settecento per essere sostituita dal regolamento del luglio 1778 che rispettava la mercanzia nemica sotto bandiera neutra, purché non fosse contrabbando (43),

---

guerre dans tous les lieux qui ne relèvent pas incontestablement de la souveraineté des puissances belligérantes » (*De la saisie des batimens neutres*, La Haye, 1759, t. I, p. 210).

(41) D.A. AZUNI, *Sistema universale dei principi del diritto marittimo dell'Europa*, Trieste, 1797, t. II, p. 181.

(42) L'art. 7, libro III dell'*Ordonnance de la marine* del 1681, stabiliva che « tous navires qui se trouveront chargés d'effets appartenans à nos ennemis, et les marchandises de nos sujets ou alliés, qui se trouveront dans un navire ennemi, seront paréillement de bonne prise ». Ancora nella metà del Settecento questa regola viene presentata come vigente da Valin nel suo trattato « Ainsi aux termes de notre art. 7, les marchandises ou effets appartenants à l'ennemi, rendent le navire qui les porte, ennemi, et réciproquement le navire ennemi rend toute sa cargaison ennemie; de manière que dans l'un et l'autre cas, tout est sujet à confiscation, sans distinction des effets appartenants aux français, ou aux alliés » (R.-J. VALIN, *Traité des prises*, La Rochelle, 1763, t. I, p. 63).

(43) « A l'égard des navires des Etats neutres, qui seroient chargés de marchandises de contrebande destinées à l'ennemi, ils pourront être arrêtés, et lesdites marchandises

mentre lasciava sussistere la confisca della mercanzia neutra sorpresa sotto bandiera nemica. Ed è vero che la giurisprudenza del consiglio delle prede durante l'Impero aveva occasionalmente eretto con alcune decisioni celebri qualche argine alle catture operate dai disinvolti corsari francesi <sup>(44)</sup>.

Va detto del resto che nella prassi i belligeranti temperavano di tanto in tanto il rigore del diritto di preda col sostituirsi forzatamente al compratore originario: ossia acquistando a un prezzo ragionevole il carico destinato al proprio nemico. Premesso che il contrabbando assoluto era comunque soggetto a confisca, per tutti gli altri articoli che il belligerante non aveva interesse a vedere recapitati al nemico valeva questa regola della prelazione. In un certo modo ciò attenuava il disagio di chi si vedesse costretto a cambiare repentinamente la rotta del viaggio per subire la visita in un porto dell'avversario del proprio committente <sup>(45)</sup>. Meglio la prelazione che una lista infinita di generi di contrabbando relativo soggetti a pura e semplice confisca! Non stupisce allora che la generalizzazione di questa soluzione fosse additata da Lampredi come espediente utile per riequilibrare la bilancia a favore dei neutrali quando questi venissero sorpresi con carichi di mercanzie appartenenti o destinate al nemico: « Se adunque le Nazioni Belligeranti arrestando le Navi mercantili dei Neutrali contenenti merci di nemici, oltre a pagare il nolo dovuto al capitano della nave, pagassero ancora il danno che mostrassero di aver sofferto da questo arresto, agirebbero a norma della più rigida giustizia » <sup>(46)</sup>. Peccato

---

seront saisies et confisquées; mais les bâtimens et le surplus de leur cargaison seront relachés, à moins que lesdites marchandises de contrebande ne composent les trois quarts de la valeur du chargement; auquel cas les navires et la cargaison seront confisqués en entier » (art. 1) (VERZIJL, HEERE, OFFERHAUS, *International Law in Historical Perspective*, cit., p. 50).

<sup>(44)</sup> Nel caso dell'*Étoile de Bonaparte* vs. *Il Volante* (1807) si era stabilito che il trasporto di legna da costruzione non era ascrivibile *tout court* al contrabbando (MERLIN, *Répertoire de Jurisprudence*, Bruxelles, 1827, t. XXIV, p. 93 e p. 109).

<sup>(45)</sup> L'Inghilterra applicò questo metodo — *right of preemption* — alle navi americane cariche di granaglie destinate alla Francia dopo lo scoppio delle ostilità nel 1793 (Cfr. Ch. R. RITCHESON, *Aftermath of Revolution. British Policy Toward the United States (1783-1795)*, Dallas, 1969, pp. 276-277).

<sup>(46)</sup> *Op. cit.*, p. 154.

che questa prelazione e il risarcimento che avrebbe dovuto seguire risultassero tutt'altro che frequenti, rimessi interamente come erano alla scelta discrezionale del governo belligerante, in ogni caso restio ad accollarsi il pagamento del prezzo di mercato <sup>(47)</sup>.

#### B) *Nazionalità della nave e della mercanzia*

Nave nemica, amica, neutra: a prima vista nulla di più facile da determinare. Nei fatti le cose stavano diversamente: sceverare la nazionalità ostile o meno presupponeva l'esistenza di criteri certi: ora questi variavano da paese a paese.

Mentre nel sistema francese, la nazionalità nemica della nave dipendeva dalla bandiera issata <sup>(48)</sup>, nel sistema inglese si colpivano tanto le navi battenti bandiera nemica, quanto quelle intestate a individui domiciliati in paese nemico: difficile immaginare una licenza più ampia di discrezionalità!

La stessa contrapposizione troviamo nella determinazione della nazionalità della merce.

I francesi consideravano nemica o neutra la merce a seconda del proprietario; i criteri degli inglesi, ancora una volta, spaziano dalla nazionalità del proprietario al suo domicilio, dal luogo di produzione degli oggetti all'impiego cui sono destinati, senza dimenticare il divieto del trasferimento della proprietà *in transitu*.

Come sfuggire alle maglie strettissime della giurisprudenza inglese? <sup>(49)</sup> I neutri che volessero approfittare dei vantaggi della guerra non avevano vita facile. « Ce fut dans l'application de ces maximes », commentava Heffter, « que des juges de prises d'une triste célébrité, tels que Sir Marriot, Jenkinson et William Scott,

---

<sup>(47)</sup> A metterlo in chiaro è la dottrina britannica, che esprime chiaramente il concetto nelle parole di Travers Twiss per il quale siffatta pratica altro non era che « a mitigated exercise of war », escludendo pertanto qualsiasi obbligo di pagare « the same term of profit, which would have followed the adventure » (T. TWISS, *The Law of Nations considered as Independent Communities*, Oxford, 1875, p. 282).

<sup>(48)</sup> Ma Verzijl ha riscontrato la presenza di deviazioni anche da questo criterio (VERZIJL, HEERE, OFFERHAUS, cit., p. 212).

<sup>(49)</sup> Verzijl sottolinea l'assenza di un criterio stabile nella giurisprudenza inglese per stabilire la nazionalità della nave (*Ibidem*, p. 208).

animés d'un zèle patriotique exagéré, anéantissaient le commerce des peuples neutres » <sup>(50)</sup>.

C) *La teoria del 'viaggio continuo' e la 'regola della guerra del 1756'*

La definizione della lista di contrabbando non era di per sé un'arma sufficiente per bloccare il flusso di rifornimenti al nemico. Uno stesso oggetto poteva essere considerato contrabbando o meno a seconda della *destinazione* e subire quindi una sorte opposta nei due casi: intercettato se spedito ad un porto nemico, rilasciato se indirizzato allo scalo di un paese in pace. È facile intuire quali espedienti s'ingegnassero di trovare i mercanti neutrali per aggirare il divieto di contrabbando. Il più comune era quello di 'spezzare' il viaggio indicando come meta finale un porto neutrale per fare poi uno scalo intermedio in un porto nemico.

Ulteriore fonte di profitti era quella costituita dall'apertura ai neutri dei traffici loro preclusi in tempo di pace. Un belligerante messo alle strette dalla marina del proprio avversario poteva delegare al naviglio neutrale le rotte commerciali con le colonie o la navigazione di cabotaggio, entrambe normalmente considerate monopolio esclusivo delle navi battenti bandiera della madrepatria.

La regola della guerra del 1756 e la teoria del viaggio continuo sono la risposta inglese a questi tentativi.

La prima definisce come illecito il traffico neutrale su rotte che gli fossero precluse in pace. In altre parole, qualora un paese vietasse il commercio dei terzi con le proprie colonie o il traffico lungo-costa, non poteva aprirle loro per il solo periodo della guerra. Alla base di questa linea giurisprudenziale vi era la convinzione che i neutrali che commerciassero *per conto* del nemico (*for the enemy*) non potessero beneficiare della stessa immunità di chi si limitava a ordinarie transazioni *col* nemico (*with the enemy*). Rilevare un'incombenza che il nemico non era più in grado di espletare perché troppo rischiosa — nel caso di specie i collegamenti con le sue colonie — equivaleva ad entrare al suo servizio: di qui la perdita di ogni

---

<sup>(50)</sup> A.G. HEFFTER, *Le droit international de l'Europe*, traduit par J. BERGSON, IV ed. française, augmentée et annotée par F.H. GEFFCKEN, Berlin-Paris, 1883, p. 428.

beneficio e la confisca di tutta la proprietà, neutrale o nemica che fosse, inclusa la nave <sup>(51)</sup>.

Con la seconda disposizione, introdotta anch'essa durante la Guerra dei Sette anni <sup>(52)</sup>, si afferma che lo scalo in un porto neutrale non sana il viaggio che abbia destinazione nemica, quando questa meta sia illecita per effetto della regola suddetta 'del 1756' o per l'esistenza di un blocco navale. In questo caso il viaggio era da considerarsi come un tutt'uno, 'continuo' appunto, proprio per sventare lo stratagemma dei neutrali di spezzare in due atti ciò che era loro proibito fare in uno: essi caricavano la merce nella colonia di uno dei belligeranti, facevano poi scalo in un porto neutrale sdoganando fittiziamente la merce, per riprendere poi il viaggio verso la madrepatria della colonia. Grazie a questa teoria della 'continuità' del viaggio, l'Ammiragliato britannico smascherava l'imbroglio.

#### D) *Diritto di visita e navigazione in convoglio*

Il mezzo per accertare l'esistenza di contrabbando era la visita dei bastimenti da carico da parte delle navi da guerra o dei corsari belligeranti. L'esistenza di questo diritto per le parti in lotta non era contestato né avrebbe potuto esserlo nel momento stesso in cui si ammetteva il concetto di contrabbando. Una volta assodato che il singolo mercante che si avventurasse lungo le rotte della guerra, lo faceva a suo rischio e pericolo senza impegnare la responsabilità dello Stato di appartenenza, occorreva per converso ammettere la vigilanza del belligerante. Il rischio di incappare nei controlli di una nave da guerra era compensato dagli alti profitti dell'impresa.

Le difficoltà nascevano con la delimitazione delle modalità della visita e della ricerca delle prove su eventuali merci o destinazioni di contrabbando. Inteso nella sua portata più ampia il diritto di visita poteva risultare molto vessatorio, implicando persino l'obbligo della nave mercantile di seguire per accertamenti quella da guerra in un

---

<sup>(51)</sup> Cfr. R. PARES, *Colonial Blockade and Neutral Rights, 1739-1763*, Oxford, 1938, pp. 183-187.

<sup>(52)</sup> Cfr. O.H. MOOTHAM, *The Doctrine of Continuous Voyage, 1756-1815*, in B.Y.I.L., 1927, pp. 62-80.

porto belligerante. Di qui recriminazioni a non finire, che andavano dalla protesta contro la brutalità della visita alla richiesta di danni per la perdita di tempo inflitta alla nave innocente.

La soluzione del convoglio scortato, tentata dagli svedesi alla vigilia della seconda neutralità del 1800, poteva apparire a prima vista soddisfacente: lo Stato neutrale si impegnava, per il tramite di un proprio ufficiale, ad attestare l'innocenza del carico; la nave belligerante risparmiava la perdita di tempo della visita e il convoglio proseguiva indisturbato il viaggio. Per il danese Schlegel questa posizione poteva vantare a suo favore un solido fondamento giuridico così espresso: poiché il diritto di visita era un istituto di diritto convenzionale e non poggiava sullo zoccolo del diritto naturale « it thence clearly results, that the belligerent power cannot give to it greater latitude than the neutral power has consented to allow, and that in all doubtful cases, the construction ought to be in favour of the neutral State, according to the rule of law: *non plus datum quam concessum* » (53).

Ma le cose si vedevano ben diversamente dalle rive del Tamigi. Una potenza marittima come la Gran Bretagna, che puntava tutte le proprie carte sulla distruzione dei collegamenti commerciali del nemico, non poteva accontentarsi di una dichiarazione formale dell'ufficiale in comando, ma bensì pretendeva di esercitare nel modo più pieno e rigoroso le sue prerogative. E così fece imponendo con la forza, prima ad un convoglio svedese, poi ad uno danese guidato dalla fregata Freja, il rispetto dei propri diritti. Ciò avveniva nel 1800, provocando la seconda neutralità Armata cui porrà fine la squadra navale inglese a colpi di cannone nella rada di Copenhagen l'anno successivo. A sua volta, Lord Stowell, nella sentenza sul caso *Maria* (1799), aveva dato l'autorevole avallo della giurisdizione sulle prede alla linea del governo: il convoglio non metteva al riparo dalla visita (54). Non occorre altro per impedire che questa immunità si trasformasse in consuetudine e tanto bastava perché un polemist

---

(53) *Upon the Visitation of Neutral Vessels under Convoy, or, an Impartial Examination of a Judgement Pronounced by the English Court of Admiralty, the 11th June 1799, in the Case of the Swedish Convoy*, by Mr. J.F.W. SCHLEGEL, London, 1801, pp. 67-68.

(54) Cfr. BOURGUIGNON, *op. cit.*, pp. 180-183.

inglese liquidasse con sarcasmo chi pensava di cambiare il diritto internazionale « with a voluminous publication upon it » (55).

### E) *Il blocco*

Il blocco è un dispositivo navale che impedisce con la forza le comunicazioni via mare tra la terraferma e il mondo esterno.

Si capisce al volo che il blocco danneggia pesantemente il naviglio neutrale, tagliato fuori da qualsiasi contatto con la costa nemica; è un'eccezione alla regola generale che i neutrali possono commerciare con il nemico, articoli di contrabbando esclusi. I costi e gli inconvenienti di una misura di guerra così severa possono quindi essere accollati ai neutrali solo a *precise condizioni*. L'indiscriminato ricorso ad essa, per quanto seducente agli occhi dei belligeranti, scardinerebbe infatti l'intero traffico commerciale, imponendo ai terzi sacrifici sproporzionati rispetto ai benefici della neutralità. La necessità bellica, qui più che mai, non può tutto giustificare.

Ma quali *condizioni*? È qui che nasce il problema.

A rigor di logica il blocco richiede la presenza costante di una forza navale davanti ad un porto o ad un tratto di costa che essa è in grado di controllare. Senonché questa elementare regola di buon senso era stata sistematicamente violata da ambo le parti durante le guerre napoleoniche quando era invalsa la pratica, comodissima per i belligeranti, dei « blocchi di gabinetto » che consistevano nel dichiarare in stato di blocco un tratto di costa estesissimo, interdicensi in questo modo ogni contatto con il mondo esterno senza immobilizzare forze navali adeguate allo scopo. I controlli saltuari, il caso fortuito, decidevano della sorte di un neutrale che si avventurasse nelle acque proibite: se la fortuna gli era contraria, sarebbe incorso nella confisca.

Proprio da simili traumatiche esperienze scaturisce l'intento di giuristi e diplomatici di mettere in chiaro le condizioni della legittimità del blocco, una misura il cui peso doveva ricadere su chi lo

---

(55) *Remarks on Mr Schlegel's Work upon the Visitation of Neutral Vessels under Convoy*, by A. CROKE, esq., London, 1801, p. 31. Il giurista prussiano Perels alla fine dell'Ottocento darà atto alla piena riuscita di questa linea: « On n'a jamais universellement admis que les navires convoyés fussent exempts de la visite; le gouvernement britannique surtout, s'est fréquemment refusé à reconnaître ce privilège » (F. PERELS, *Manuel de droit maritime international*, traduit par L. ARENDT, Paris, 1884, p. 325).



proclamava non meno che sui neutrali che lo subivano. L'idea era che gli oneri dovessero essere ripartiti con equità: per il belligerante quello di trattenere, immobilizzandolo, un contingente navale di fronte alla costa nemica; per i neutrali la rinuncia al commercio con quel ben determinato tratto di costa.

'Blocco effettivo' diviene la parola d'ordine agitata dai pubblicisti continentali che rimproverano alla Gran Bretagna di indulgere nella pratica dei blocchi *sur papier* o, appunto, « di gabinetto », ovvero proclamati senza curarsi di predisporre le forze necessarie per assicurarne l'effettività. Si è già accennato alla Neutralità armata del 1780 che proclamava all'art.4 « Que, pour déterminer ce qui caractérise un port bloqué, on n'accorde cette dénomination qu'à celui où il y a, par la disposition de la puissance qui l'attaque avec des vaisseaux arrêtés et suffisamment proches, un danger évident d'entrer »<sup>(56)</sup>. In questo modo si condannava la pratica dei blocchi di gabinetto così come quella dei *blocus par croisière*, variante dei primi che si contraddistingue per la presenza saltuaria e discontinua di una forza navale incrociante nei paraggi.

Inoltre, sempre per rafforzare le garanzie dei neutrali, si insiste al di qua della Manica su alcune formalità procedurali del blocco, a cominciare dall'obbligo di assicurarne la notorietà, mediante notifica individuale, ossia indirizzata ai singoli bastimenti oltre che, per via diplomatica, alle potenze neutrali nel loro insieme<sup>(57)</sup>.

La Seconda Neutralità Armata del 1800 era tornata sull'argomento per introdurre anche questa misura restrittiva, esigendo l'obbligo di notifica individuale a ciascuna nave<sup>(58)</sup>. Ma a dispetto di queste stentoree dichiarazioni, gli inglesi persistevano nelle loro vecchie abitudini. Accadeva persino che la disfatta di questa ennesima riscossa dei neutrali si risolvesse in una consacrazione formale di un principio caro alla marina inglese: quello che il blocco è legittimo quando la forza navale staziona davanti il porto oppure

<sup>(56)</sup> De MARTENS, *Recueil des traités*, t. III, p. 158.

<sup>(57)</sup> Anche in questo caso, la pretesa francese di vedere consolidata tale consuetudine stenterà a trovare partigiani nel corso dell'Ottocento. Perels ne escludeva l'obbligatorietà in base alla considerazione che « exiger en tout cas la notification spéciale, c'est assurer l'impunité à la première tentative de violer le blocus » (*op. cit.*, p. 310).

<sup>(58)</sup> De MARTENS, *Recueil des traités*, t. VII, p. 191.

solo incrocia in luoghi vicini (« *suffisamment proches* ») a quello preso di mira <sup>(59)</sup>. In effetti sarebbe difficile immaginare qualcosa di più generico di questo « *suffisamment* » della convenzione anglo-russa del 5 giugno 1801 che seppellisce la Seconda Neutralità. La *Royal Navy* aveva davvero mano libera e ne approfittava catturando le navi che, sorprese anche a notevole distanza dalla costa bloccata, rivelassero un intento di violare il blocco <sup>(60)</sup>.

Del blocco continentale e delle contromisure britanniche ho già detto e pertanto li richiamo qui solo per additarli a caso estremo di 'blocchi fittizi' e 'generalì', quantunque la loro giustificazione giuridica riposi sul diritto di rappresaglia ben più che sull'interpretazione estensiva del concetto di blocco.

#### F) *Le sanzioni*

Anche in tema di sanzioni, dottrina inglese e francese mostrano alcune discrepanze.

Per gli inglesi, la sanzione per il contrabbando è la confisca della merce, ma non della nave, a meno che gli oggetti di contrabbando siano proprietà dell'armatore, o siano stati utilizzati documenti di bordo falsi.

I francesi confiscano la nave insieme al carico quando il contrabbando rappresenti i tre quarti del valore del carico. Sia inglesi che francesi confiscano la nave che tenti di sottrarsi al diritto di visita e che violi il blocco.

#### G) *Tribunali delle prede. Toute prise doit être jugée*

Questa regola, autentica pietra angolare del diritto marittimo <sup>(61)</sup>, soddisfaceva tre esigenze: serviva a verificare la regolarità della cattura, mettendo così il belligerante al riparo da contestazioni diplomatiche; obbligava i corsari a sottoporre al monitoraggio dello Stato le loro catture, onde scongiurare la degenerazione in pirateria e consentire all'erario di incamerarne una parte; sanciva infine

<sup>(59)</sup> De MARTENS, *Recueil des traités*, t. VII, p. 260.

<sup>(60)</sup> VERZIJL, HEERE, OFFERHAUS, cit., pp. 432-433.

<sup>(61)</sup> Consolidatasi definitivamente solo nel XVII secolo (cfr. CIALDEA, cit., t. II, p. 381).

l'acquisto della proprietà della preda in capo a chi aveva operato la cattura. Fin qui non vi era discussione.

La materia del contendere sorgeva nella composizione dei tribunali e nel diritto che applicavano.

La giurisdizione sulle prede non sveltava in effetti quale modello di linearità. In certi paesi essa faceva capo all'ordine giudiziario; altrove rientrava invece nelle prerogative dell'esecutivo o comunque della giustizia ritenuta del sovrano.

Il confronto tra le istituzioni inglese e francese è illuminante di questa discrepanza. Mentre in Gran Bretagna a decidere era la Corte di Ammiragliato, giurisdizione consolidatasi in epoca Tudor <sup>(62)</sup>, oltremania la competenza incombeva in primo grado al *Conseil des prises*, commissione straordinaria e temporanea conferita dal re in tempo di guerra, l'appello spettando al *Conseil royal des finances*. <sup>(63)</sup> Questo fino al 1789, naturalmente. Durante la Rivoluzione essa fluttuerà tra i tribunali di commercio e il governo, fin quando Napoleone non ricostituirà il Consiglio delle prede, classificato tra le giurisdizioni amministrative <sup>(64)</sup>.

Non è per nulla casuale che prima di approdare alla soluzione tenuta a battesimo da Napoleone, il legislatore rivoluzionario abbia tanto esitato nel mettere a fuoco la giurisdizione delle prede. I dotti oratori del Consiglio dei Cinquecento, chiamati a pronunciarsi sulla

---

<sup>(62)</sup> Per una regolamentazione definitiva del giudizio delle prede si deve comunque attendere il 1665.

<sup>(63)</sup> Inizialmente le prede marittime erano giudicate dall'*amiral*, assistito dai consiglieri del re. A partire dal 1695 le prede vengono giudicate dal consiglio delle prede, presieduto dall'ammiraglio, e deferite in appello al *conseil des finances*. L'istruzione dei casi e l'esecuzione delle sentenze è affidata agli *officiers de l'amirauté*.

<sup>(64)</sup> La legge del 14 febbraio 1793 affida il giudizio in primo grado ai tribunali di commercio, in secondo ai tribunali di distretto. La legge del 18 brumaio anno II (8 novembre 1793) attribuisce il giudizio delle prede in unico grado al Consiglio esecutivo provvisorio cui succede il Comitato di salute pubblica. La legge del 3 brumaio anno IV (25 ottobre 1795) restituisce la competenza ai tribunali di commercio, mentre l'8 fiorile dello stesso anno (27 aprile 1796) una legge investe i tribunali di dipartimento della giurisdizione di appello, allargando nel contempo ai consoli della Repubblica nei paesi stranieri la competenza di primo grado. L'ultimo atto giunge il 6 germinale anno VIII (27 marzo 1800), quando viene istituito a Parigi il Consiglio delle prede le cui decisioni sono appellabili, dal 1806, al Consiglio di Stato. Il Consiglio delle prede è soppresso nel 1815 e ristabilito dal 1854 al 1856.

ricostituzione di questa istituzione, devono fare i conti con tutte le ambiguità della sua identità e delle funzioni che espleta. Vi erano ragioni altrettanto valide per ritenere che la decisione delle prede fosse amministrativa, e rientrasse pertanto nelle prerogative del governo, o al contrario civile, ricadendo quindi nella sfera dei tribunali. I fautori della prima tesi insistevano sul fatto che « les prises appartiennent entièrement au droit de la guerre, et qu'elles ne peuvent être considérées que sous le rapport que les nations ont entre elles »<sup>(65)</sup>; i secondi si appigliavano all'intreccio tra questioni di diritto internazionale e di diritto civile riscontrabile nelle fattispecie delle prede, di modo che non si potrebbe fare senza danno « de la décision d'une foule de questions judiciaires un objet purement administratif »<sup>(66)</sup>. Decidendo di ricostituire il *Conseil des prises*, Napoleone faceva di questo organo una propaggine del governo, seppure con un riconoscimento della natura quasi-giudiziale della sua attività<sup>(67)</sup>.

La contrapposizione tra Francia e Inghilterra rischia però a questo punto di divenire fuorviante se si presta attenzione alle sole apparenze istituzionali. La prima impressione che si ricava dal confronto è quella di imbattersi in un organo giurisdizionale vero e proprio: la Corte di ammiragliato in Inghilterra, augusto tribunale, contro un mero consiglio amministrativo quasi-contenzioso quale il *Conseil des prises*. In realtà i confini sono molto più sfumati e quello dei giudici inglesi — o americani — che amministrano con indipendenza il diritto internazionale è un mito tralazio piuttosto facile da sfatare<sup>(68)</sup>.

---

<sup>(65)</sup> Thibaudeau al Consiglio dei Cinquecento il 28 piovoso anno IV (*Réimpression du Moniteur Universel*, t. 27, n. 153, p. 499).

<sup>(66)</sup> Rouyer al Consiglio dei Cinquecento, il 25 germinale anno IV (*Ibidem*, t. 28, n. 209, p. 235).

<sup>(67)</sup> Le statistiche del Consiglio delle prede imperiale commentano da sole questa natura anfibia dell'organo. Su 5.500 prede catturate dai corsari tra il 1803-1814, 1455 erano state giudicate dal Consiglio delle prede che ne aveva rilasciate 156 (l'11%). Senonché tale percentuale non gli rende del tutto giustizia, in quanto non tiene conto delle decisioni, sfavorevoli ai corsari, annullate dall'Imperatore: « Cela fixe les limites de l'action juridictionnelle, sur laquelle planait l'ombre du pouvoir impérial discrétionnaire » (LE GUELLAFF, cit., v. III, p. 959).

<sup>(68)</sup> Negli Stati Uniti la giurisdizione delle prede è amministrata dai tribunali federali in primo grado e dalla Corte suprema in ultima istanza.

Siamo venuti così alla seconda domanda: quale diritto applicano i tribunali delle prede? La risposta ci serve a gettare luce anche sul confronto organizzativo. Si è soliti citare un *obiter dictum* di Lord Stowell (69) ed uno altrettanto celebre di Portalis, sua controparte francese, per accreditare la tesi che, in qualche modo, i tribunali delle prede servano il diritto internazionale prima che quello nazionale. L'affermazione è valida ma solo a condizione di aggiungere subito che ogniquale volta il diritto internazionale entra in conflitto con quello interno, soprattutto se incarnato da ordini emananti dal potere di prerogativa in tempo di guerra, è il primo che cede il passo. Che poi l'ammissione del riconoscimento di questa capitolazione sia pudicamente occultata nelle pieghe di abili passaggi argomentativi, non toglie nulla alla crudezza della constatazione: un *Order in council* vale più di una consuetudine di diritto internazionale; qualunque lesivo di regole ben consolidate, il giudice inglese si sente obbligato ad ottemperarvi (70). Con questa prescrizione viene corretto ciò che sembrava un vistoso squilibrio tra Inghilterra e Continente: pur concedendo un primato alla *Court of Admiralty* inglese, non fosse altro per il numero e la qualità delle sue decisioni, essa appare più vicina di quanto non sembrasse di primo acchito alla molto governativa cugina francese (71).

---

(69) Nel caso del *Maria* (1799), come si è già visto, Lord Stowell dichiarava di considerarsi chiamato « to administer with indifference that justice which the law of nations holds out », e di considerare la propria corte come un mero organo di un diritto che « has no locality » (BOURGUIGNON, *op. cit.*, p. 264).

(70) Citando i casi del *Fox* e *Snipe*, due decisioni di Lord Stowell riguardanti gli *Orders in Council* del 1807, il suo biografo commenta che egli vi appare più come un « functionary of the British government than a fair, unbiased judge administering even-handedly to all nations a supranational body of law » (BOURGUIGNON, *op. cit.*, p. 223). Verzijl, che non è trattenuto dagli scrupoli dello storico inglese, va oltre, affermando senza mezzi termini che l'assimilazione del tribunale delle prede ad una giurisdizione internazionale è un'impostura. « The truth is sometimes veiled », osserva ironicamente, « by an attempt to identify British prize law with the law of nations » (VERZIJL, HEERE, OFFERHAUS, *cit.*, p. 599).

(71) I giuristi britannici più spassionati ne convenivano: « Nevertheless, such Courts are at bottom only national Courts, for the reason that they are established and regulated by the sovereign authority of the country in which they sit, and must ultimately take their law from it, even though that law may not conform to the law of nations » (COBBETT, *op. cit.*, p. 192). Apparentemente in contrasto con ciò sembrerebbe il caso

Si comprende ora meglio perché uno dei punti di forza del dibattito diverrà il superamento del nazionalismo delle corti delle prede. La proposta di costituire tribunali misti delle prede con la partecipazione dei rappresentanti diplomatici *in loco* delle potenze neutrali fu avanzata per la prima volta da Hubner durante la Guerra dei Sette anni: « Les puissances neutres », suggeriva l'Autore, « n'ont qu'à commettre à leurs Ministres, accrédités auprès de celles qui sont belligérantes, ou, ce qui seroit encore plus expédient, à leurs consuls, résidant dans les différens ports de ce dernières, de juger les prises faites sur leurs nations respectives, conjointement avec les commissaires nommés pour le même effet par les souverains des préneurs, ou par ceux des lieux où la prise e été conduite » (72).

### 3. *La disputa sulla neutralità dal Congresso di Vienna alla svolta del 1856*

La sconfitta di Napoleone mette la sordina al conflitto sui diritti neutrali. Il Congresso di Vienna sorvola sulla questione e la diplomazia del Concerto europeo si guarda bene dall'evocare ricordi che potrebbero turbare l'intesa franco-britannica. I dissidi minori che si manifestano sul diritto marittimo vengono appianati in uno spirito di conciliazione e soprattutto al riparo da inopportune enunciazioni di principio.

La discrezione dei diplomatici non basta però a estinguere il fuoco che arde sotto la brace. A tenerlo vivo ci pensano i giuristi dei due Paesi che nel mezzo secolo successivo ingaggiano una polemica accesa sulla neutralità. La lotta un tempo combattuta sui mari

---

dello *Zamora* (1916), occorso durante la Grande Guerra. In quella occasione, la corte delle prede inglesi dirà che gli *Orders in council* non potevano imporre regole di diritto al tribunale, chiamato ad applicare il diritto internazionale. La Corte avrebbe tenuto conto degli *Orders* solo quando questi mitigavano l'applicazione di una regola ammessa dal diritto internazionale. Sennonché questa precisazione riguardava essenzialmente la dimensione costituzionale: diceva solo che il Parlamento e non un mero regolamento dell'Esecutivo potevano aggravare il diritto applicato dalla corte. « When the supreme legislative power under which they sit has taken a decided line, Prize Courts are bound to obey » (C.J. COLOMBOS, *A Treatise on the Law of Prize*, London, 1926, pp. 14 e 16).

(72) *Op. cit.*, t. II, p. 47.

prosegue, ma al posto delle salve di cannone vi sono ora innocue pagine di dotte dissertazioni.

A dare fuoco alle polveri è un giurista francese, Hautefeuille, che in un corposo saggio sui diritti e doveri delle nazioni neutrali attacca a tutto campo le teorie inglesi.

*Navire libre, marchandise libre*: la parola d'ordine della Neutralità Armata rivive nelle pagine di Hautefeuille con dovizia di documentazione storica e di argomenti, a cominciare da quello se si vuole più prevedibile: la nave, assimilata al territorio neutrale, è dichiarata in tal modo inviolabile. I neutrali possono caricare in tutta sicurezza merce nemica purché non sia contrabbando di guerra: *le navire libre rend libres les marchandises qu'il porte, quel que soit le propriétaire* (73). Non solo: anticipando quello che sarà il contenuto della Dichiarazione di Parigi, l'autore spezza una lancia perché la massima incorporata nel Consolato del mare — la mercanzia neutrale è libera anche su nave nemica — venga ad integrare e a completare lo statuto della neutralità imperniato sul principio *navire libre, marchandise libre* (74). Ma questo stesso quadro di garanzie sarebbe vano se si lasciasse ai belligeranti la facoltà di determinare *ad libitum* la lista dei generi di contrabbando. « *Quelque précautions que prenne l'Angleterre pour voiler ses prétentions* », rincara Hautefeuille, « *la contrebande par accident, ou plutôt par caprice, n'est autre chose que l'exercice du droit prétendu de la nécessité* » (75). Non devono esistere che due generi di oggetti: quelli di contrabbando e quelli liberi, senza ambigue categorie intermedie, niente altro che un pretesto per l'arbitrio dei belligeranti.

Dopo il contrabbando è il turno del blocco. La pretesa degli inglesi d'imporre il blocco fittizio o *sur papier* trova la sua unica giustificazione nel « *désir immodéré qu'ils ont toujours eu de profiter des guerres maritimes, dans lesquelles ils se trouvent engagés, pour anéantir le commerce et la navigation des peuple neutres* » (76). Durante le guerre napoleoniche la Gran Bretagna, dichiarando il

---

(73) L.B. HAUTEFEUILLE, *Des droits et des devoirs des nations neutres en temps de guerre maritime*, Paris, 1849, t. III, p. 365.

(74) *Ibidem*, p. 417.

(75) *Op. cit.*, t. II, p. 366.

(76) *Ibidem*, p. 27.

blocco delle coste europee, non perseguiva solo il legittimo scopo di combattere il suo avversario, bensì anche quello ben più ambizioso « de s'emparer du monopole du monde par la ruine de tous les peuples amis » (77) in quanto « le droit de blocus ainsi compris et appliqué est le moyen le plus efficace pour ruiner le commerce et la navigation des peuples neutres » (78). Si vede bene come il dotto autore non lesinì gli epiteti verso l'odiata Albione. E purtuttavia non si limita a confutare e a demolire.

Il favore verso le ragioni della neutralità non lo spinge sino a far proprie le tesi più eterodosse partorite dalla penna degli scrittori ad essa inclini. Per Hautefeuille la guerra è sempre guerra; inutile illudersi di spezzarne gli artigli. Lo troviamo pertanto intento ad escludere la plausibilità di proposte di riforma ardite come quella di una neutralizzazione dei tribunali delle prede nel senso preconizzato da Hubner: « Le projet d'établissement d'un tribunal mixte me paraît une idée presque impossible à réaliser, du moins d'une manière qui le rendrait efficace » (79).

Il ritratto del nostro Hautefeuille sarebbe incompleto senza una pennellata finale, la più vivida, che ci viene suggerita da un passaggio della sua *Histoire* del diritto marittimo internazionale. Nelle conclusioni di quest'opera l'autore confessa candidamente di auspicare una Terza Neutralità armata per vincere una volta per tutte la protervia inglese. « La Grande Bretagne elle-même signera les traités de neutralité armée, et les exécutera tant que les membres de l'association resteront assez unis pour la forcer à le faire. Telle est ma conviction. Si, au contraire, l'Angleterre tentait de persister dans sa politique ancienne, quelque grandes que soient ses forces, elle ne pourrait lutter contre le monde entier » (80).

Ve n'era abbastanza per scatenare il risentimento anche del più compassato cultore britannico del diritto internazionale. A raccogliere il guanto è un pugnace pubblicista, figura di spicco dell'*establishment*, che sotto lo pseudonimo di *Historicus* risponde punto per punto a

---

(77) *Ibidem*, p. 34.

(78) *Ibidem*, p. 47.

(79) *Op. cit.*, t. IV, Paris, 1849, p. 312.

(80) *Histoire des origines, des progrès et des variations du droit maritime international*, deuxième édition, Paris, 1869, p. 475.



Hautefeuille dalle pagine del *Times*: parlo di Sir William Harcourt, scrittore dalla penna graffiante. « A bulky libel on Britain »: così Harcourt etichetta il lavoro del suo rivale che accusa di incoerenza e d'ignoranza; della prima per avere mescolato in modo inestricabile norme positive con tesi personali e principi morali <sup>(81)</sup>; della seconda per il silenzio sulle fonti giurisprudenziali anglo-americane, trascurate o semplicemente non conosciute <sup>(82)</sup>. Le accuse sul blocco fittizio? « The assertions so rashly made by M. Hautefeuille », risponde Harcourt, « that England has 'for centuries availed herself of paper blockades' that she had asserted the right of blockade 'by proclamation, without sending a single ship to maintain it', are wholly without foundation » <sup>(83)</sup>. Quanto alla notificazione speciale, richiesta dal francese per la validità del blocco, essa « never has been, and probably never will be, admitted as a universal condition of blockade » <sup>(84)</sup>. E che dire della *loi humaine et divine* invocata così spesso a sostegno delle sue tesi? « Where the institutes of this code are to be found, I have tried in vain to discover from M. Hautefeuille's writings. As far as I can comprehend them, it is a special revelation vouchsafed to the author by a Providence of exclusively Gallican sympathies »; come dire: *diruit, aedificat, mutat quadrata rotundis* <sup>(85)</sup>. Quanto alla minaccia di una Terza Neutralità armata guidata dalla Francia: « If she meditates forcing us into further concessions by such a league as M. Hautefeuille threatens, I venture to predict that the third 'armed neutrality' will not be much more successful than its predecessors » <sup>(86)</sup>.

I nostri due contendenti non erano soli a guardarsi dalle sponde opposte della Manica con ostilità: le rispettive schiere sono nutrite

---

<sup>(81)</sup> « M. Hautefeuille is so constantly in the habit of confounding the distinct provinces of the *legislator* and the *juris peritus* that the inextricable mess in which he thus involves his subject deprives his speculations of all credit and authority » (*Letters by Historicus on Some Questions of International Law, reprinted from the Times with considerable Additions*, London and Cambridge, 1863, p. 101).

<sup>(82)</sup> « It seems to me pretty evident that this French publicist either cannot read, or certainly has never studied, any works in the English language which have not had the good fortune to be translated into French » (*Ibidem*, p. 85).

<sup>(83)</sup> *Ibidem*, p. 92.

<sup>(84)</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>(85)</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>(86)</sup> *Ibidem*, p. 97.

ed agguerrite. Tra gli estremi Hautefeuille e Harcourt si annoverano scrittori che tengono alta la dose di nazionalismo del confronto, quantunque con toni un po' più pacati ed accademici.

Sul lato francese l'avversione per le consuetudini internazionali in tema di neutralità lascia trasparire l'atavica insofferenza per la supremazia britannica sui mari. Gli autori di un apprezzato manuale sulle prede, Pistoye e Duverdy, concordano con Hautefeuille sulla critica alla variabilità della dottrina inglese sul contrabbando: « Il faut bien que les lois positives des belligérantes », scrivono, « s'occupent de la contrebande de guerre, mais il faut qu'elles le fassent d'une manière générale et absolue »; e soprattutto: « Il ne faut pas qu'elles varient comme les circonstances, car la nature des choses ne varie pas » (87). A sua volta, il diplomatico de Cussy non usa mezzi termini: « La Grand-Bretagne, en vue de la suprématie sur mer à laquelle elle prétend, n'a jamais consenti à s'associer aux principes généraux et libéraux que les autres Etats du premier ordre ont cherché à faire prévaloir »; ma gli inglesi ricordino che « la force ne fait point le droit » (88). Stessa antifona con Massé, che anticipa nelle sue pagine i termini della Dichiarazione di Parigi, giustificando la massima « *le pavillon couvre la marchandise* » con i concetti di *domicilio* e di *territorio* in termini che rievocano il dibattito settecentesco: « Comme il n'est pas douteux que les neutres, qui ont le droit de faire avec l'ennemi tout commerce pacifique, peuvent transporter les marchandises de l'ennemi sans renoncer à leur neutralité, il faut en conclure que les belligérants sont sans droit pour s'opposer à ce transport, et qu'ils ne pourraient le faire sans méconnaître les droits des sujets neutres qui montent le navire, et de l'Etat neutre dont il porte le pavillon, c'est-à-dire, sans commettre à la fois une violation de domicile et une violation de territoire » (89). Persino l'equilibrato Ortolan (90), il più pacato tra gli scrittori

---

(87) A. de PISTOYE, ch. DUVERDY, *Traité des prises maritimes dans lequel on a refondu en partie le traité de Valin*, Paris, 1855, t. I, 403.

(88) F. de CUSSY, *Phases et causes célèbres du droit maritime des nations*, Leipzig, 1856, pp. XI-XII.

(89) G. MASSÉ, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, Paris, 1844, t. I, p. 260.

(90) Theodore Ortolan (1808-1874) è un ufficiale di marina che si dedica con

francesi, si unisce al coro, scandendo note che ormai ci sono familiari: la bandiera nemica non rende confiscabili le merci neutrali mentre quella neutrale deve coprire la mercanzia <sup>(91)</sup>, il contrabbando relativo è un abuso <sup>(92)</sup>, il convoglio scortato è immune dalla visita <sup>(93)</sup>, il blocco deve essere notificato individualmente alle singole navi <sup>(94)</sup>, e via di seguito.

La replica inglese non è a questo punto difficile da immaginare. Per tutti basta dare la parola a Reddie, autore di un assai citato volume sul diritto marittimo. Cosa aspettarsi da uno scrittore britannico? Ovviamente il rigetto senza preamboli della massima *free ship, free goods* in quanto essa « enables third parties to interpose their services between nations struggling for the enforcement of what they believe to be their respective rights (...) and consequently prolonging the state of hostilities » <sup>(95)</sup>.

Non è necessario andare oltre. Mi sono tanto a lungo soffermato su questo duello di penne franco-inglese solo perché esso offre la chiave per capire il senso e la portata di un grande evento diplomatico che segna il giro di boa nella storia della neutralità: la Dichiarazione di Parigi del 1856.

La Dichiarazione di Parigi del 16 aprile 1856, che segna la fine alla Guerra di Crimea, enuncia i seguenti punti:

- 1° la guerra di corsa è abolita;
- 2° la bandiera neutrale copre la mercanzia nemica, eccettuato il contrabbando di guerra;

---

profitto alla studio del diritto internazionale in un periodo nel quale i giuristi accademici francesi tendevano a trascurarlo.

<sup>(91)</sup> T. ORTOLAN, *Règles internationales et diplomatie de la mer*, Paris, 1845, t. II, pp. 77-83.

<sup>(92)</sup> « Du moment que les marchandises peuvent servir à la fois aux usages civils et pacifiques et aux usages de guerre, le même raisonnement ne peut plus être fait; on ne peut plus dire que le neutre coopère sciemment et inévitablement par de telles fournitures aux approvisionnements militaires de l'ennemi; il livre ces fournitures sans être responsable de l'usage qui s'en pourra faire, sans avoir à s'inquiéter si cet usage sera pacifique ou guerrier » (*Ibidem*, p. 190).

<sup>(93)</sup> *Ibidem*, p. 231.

<sup>(94)</sup> *Ibidem*, p. 305.

<sup>(95)</sup> J. REDDIE, *Researches Historical and Critical in Maritime International Law*, Edinburgh, 1845, pp. XVI-XVII.

3° la mercanzia neutrale, eccetto il contrabbando di guerra, non è confiscabile, nemmeno su nave nemica;

4° il blocco è obbligatorio solo se effettivo, ovvero sia mantenuto da una forza navale sufficiente.

Le quattro disposizioni erano indivisibili: dovevano quindi essere accettate o respinte in blocco. Le adesioni degli Stati furono massicce con le vistose eccezioni di Stati Uniti, Messico e Spagna che avevano respinto l'abolizione della corsa.

Come era nata questa stupefacente intesa franco-britannica?

L'origine di questo atto è all'inizio schiettamente diplomatica. L'Inghilterra, come si è visto, confiscava ciò che era nemico anche sotto bandiera neutra, ma rispettava ciò che era neutro sotto bandiera nemica; la Francia, al contrario, confiscava tutto ciò che navigasse sotto bandiera nemica, anche se neutro (« *Navire ennemi, marchandise ennemie* »). Era ovvio che queste discrepanze avrebbero creato imbarazzo alle flotte alleate destinate ad agire di concerto <sup>(96)</sup>.

Ma vi era dell'altro. L'occasione pareva propizia per concedere all'opinione pubblica liberale che da tempo la reclamava l'adozione di una disposizione più favorevole ai neutri. La « *tendency of civilization* » condannava le obsolete norme di un'epoca militar-mercantilistica. Nel tempo delle ferrovie, del telegrafo, degli scambi internazionali le guerre si combattevano in borsa e non sui mari. Persino la classe politica, influenzata dal credo benthamita, cominciava a convincersene: la tesi liberal-utilitarista faceva proseliti a Westminster <sup>(97)</sup>.

Ecco quindi che grazie alla dichiarazioni adottate d'intesa da Francia e Inghilterra il 28 e 29 marzo 1854, la proprietà neutra viene messa al riparo da confisca, anche sotto bandiera nemica, mentre le navi neutrali potevano caricare ogni tipo di mercanzia, nemica o amica che fosse, ferma restando la confisca delle merci di contrabbando. Anche in tema di blocco, si assistette ad un avvicinamento della giurisprudenza a quella continentale. Una decisione celebre del *Privy Council*, il caso « *Franciska* », giunge ad avallare l'interpreta-

---

<sup>(96)</sup> Come fece prontamente notare il Quai d'Orsay all'inizio del conflitto (PIGGOTT, *The Declaration of Paris*, cit., p. 37).

<sup>(97)</sup> SEMMEL, *op. cit.*, pp. 54-55.

zione più liberale e consona alla sensibilità continentale stabilendo che ogni modifica del blocco doveva essere portata a conoscenza dei neutrali, i quali inoltre non potevano essere in alcun modo discriminati nell'accesso al porto bloccato <sup>(98)</sup>.

Dapprima intese *pro tempore belli* queste due dichiarazioni vennero solennizzate nel 1856 quando, al termine della Conferenza di Parigi le potenze contraenti decisero di confermare i principi del 1854. Così facendo, la Gran Bretagna concedeva molto alle ragioni dei neutrali ottenendo in cambio l'abolizione della guerra di corsa. Basti pensare che all'art. 4 della Dichiarazione essa ammetteva che « les blocus, pour être obligatoires, doivent être effectifs, c'est-à-dire maintenus par une force suffisante pour interdire l'accès du littoral de l'ennemi ». Che la decisione fosse di quelle strategicamente impegnative, lo dimostra l'accoglienza ad essa riservata dalla Camera dei Lords dove si svolse un animato dibattito in cui emerse tutta la diffidenza verso i mutamenti della giurisprudenza tralatizia della classe politica britannica più conservatrice e persino di alcune frange liberali — John Stuart Mill in testa — convinte che solo l'incondizionata supremazia navale britannica potesse garantire il progresso e la pace mondiale <sup>(99)</sup>. Non stupisce che a vincere la resistenza parlamentare furono le considerazioni di ordine militare — tra cui l'asserita impraticabilità tecnica della tradizionale guerra navale dei tempi di Nelson — più che l'ottimismo dei seguaci di Cobden <sup>(100)</sup>.

---

<sup>(98)</sup> COBBETT, *op. cit.*, pp. 394-402.

<sup>(99)</sup> Lord Derby definì la dichiarazione « the humiliating Clarendon Capitulation of Paris », accusando il governo di aver amputato « the right arm, as it were, of the country ». A pronunciarsi contro la dichiarazione sono anche i due fratelli Phillimore, famiglia di cultori del diritto internazionale, entrambi eletti alla Camera dei Comuni. Quanto all'argomento di Mill, esso poggiava essenzialmente sulla convinzione che l'espansione del credo liberale non fosse un fenomeno spontaneo, ma richiedesse la potenza egemonica di una paese-guida — la Gran Bretagna appunto — in grado di abbattere gli ostacoli e di vincere le resistenze. L'intervento negli affari interni o sullo scacchiere coloniale più che un diritto era un dovere morale. Da un punto di vista ugualmente realistico, Marx dava ragione a Mill: anche lui credeva che con la Dichiarazione di Parigi la Gran Bretagna si fosse disarmata unilateralmente nei confronti delle autoritarie potenze continentali (SEMMELE, *op. cit.*, pp. 55-56 e 60-64).

<sup>(100)</sup> È stata avanzata l'ipotesi, del tutto plausibile, che Clarendon e Palmerston, i due fautori della Dichiarazione, avessero individuato bene le tecniche per relativizzarne gli effetti: per il primo, attraverso la definizione di contrabbando, che rimaneva

#### 4. *Il monito della Guerra civile americana*

In ogni caso le apprensioni dei più ortodossi corifei della supremazia navale britannica potevano placarsi; che gli ammiragli dormissero sonni tranquilli. La Dichiarazione di Parigi, per quanto epocale, non aveva compromesso il potenziale offensivo della flotta. Per rendersene conto al di là di ogni possibile dubbio, i suoi avversari dovevano aspettare solo qualche anno, quando lo scoppio delle ostilità tra Nord e Sud negli USA avrebbe messo a nudo la precarietà del compromesso franco-inglese del 1856.

« Force suffisante », richiedeva la Dichiarazione per assicurare l'effettività del blocco. Ma cosa doveva intendersi con questa espressione? Qui c'è la breccia. Il dettaglio interpretativo non era affatto trascurabile se già all'inizio della Guerra di Secessione il governo dell'Unione poteva impunemente porre in stato di blocco ben 3.500 chilometri di costa, avendo a disposizione appena una cinquantina di navi di guerra.

Certo, il precedente non era a stretto rigore decisivo, in quanto gli Stati Uniti non avevano sottoscritto la Dichiarazione di Parigi. Nondimeno resta il fatto che la Gran Bretagna non contesterà la legittimità di questo blocco, probabilmente memore dei propri eccessi passati, ma soprattutto perché desiderosa di lasciarsi aperto all'occorrenza il ricorso a una risorsa bellica preziosa in futuro.

La logica della diplomazia non coincide però con quella della scienza giuridica. L'acquiescenza tattica del governo britannico non porta con sé il ripudio puro e semplice degli orientamenti maturati durante la Guerra di Crimea. Di fronte alle violazioni perpetrate dall'Unione a danno dei neutrali opinione pubblica e dottrina giuridica reagiscono con vivacità, testimoniando la perdurante vitalità dei prin-

---

altamente discrezionale; per il secondo, mettendo bene in chiaro la sua natura di trattato, come tale abrogabile all'occorrenza (C.L. HAMILTON, *Anglo-French Seapower and the Declaration of Paris*, in *The International History Review*, 1982, pp. 186-187). Per parte sua, il difensore ufficiale della Dichiarazione per conto del governo, Harcourt, aveva fatto notare che, seppure limitato nella sua ampiezza, il blocco restava comunque uno strumento intatto nelle mani della *Royal Navy*. Quanto al resto, la gran Bretagna, proprietaria della più grossa flotta mercantile del mondo, avrebbe potuto solo beneficiare degli effetti della Dichiarazione nelle guerre condotte dagli altri (SEMMEI, *op. cit.*, p. 66).

cipi del 1856. Per conviccersene basta soffermarsi su due casi celebri, lo *Springbok* e il *Trent*.

L'affare *Springbok* avviene durante la Guerra civile americana, quando la Corte suprema condanna il carico dell'omonimo bastimento inglese sulla base del mero sospetto che la sua destinazione autentica non fosse il porto neutrale di Nassau, come risultava dalle carte di bordo, bensì una qualche base della Confederazione, da raggiungere con il trasbordo della merce su altra nave. Così facendo, la Corte applicava in modo molto estensivo la vecchia dottrina inglese del « viaggio continuo », spianando la strada all'uso indiscriminato di mere presunzioni in uno spirito esattamente opposto a quello della Dichiarazione di Parigi <sup>(101)</sup>.

Ebbene, questa sentenza suscita la protesta veemente di un giurista inglese di grande autorità come Travers Twiss, che si pronuncia all'unisono con i suoi colleghi continentali <sup>(102)</sup>. « The decision of the Supreme Court of the United States in the case of the *Springbok's* cargo », commenta, « would appear to be a retrograde movement in the laws of war, increasing their rigour against *neutrals* on the high seas, at a time when nations are endeavouring in common concert to mitigate the rigour of those laws against *enemies* on the land » <sup>(103)</sup>. Era probabilmente la prima volta che un giurista inglese fustigava così apertamente « the pretext of increased necessity » quale sotterfugio che rischiava di annichilire « the commerce of neutrals » <sup>(104)</sup>. Era fin troppo facile ironizzare sul voltafaccia

---

<sup>(101)</sup> La Corte suprema aveva desunto che il carico fosse destinato ai ribelli da due indizi: che i documenti di consegna lasciassero aperta l'individuazione del compratore a Nassau; in secondo luogo, che il contenuto del carico consistesse in materiale « fitted for use in the rebel military service ». Di conseguenza la Corte aveva concluso pronunciando la condanna del carico in quanto esso era destinato ad essere trasferito a Nassau su altra imbarcazione più adatta a violare il blocco: il viaggio da Londra al porto bloccato, via Nassau, doveva quindi considerarsi « both in law and in the intent of the parties, *one voyage* » (J.B. SCOTT, *Prize Cases decided in the United States Supreme Court, 1789-1918*, Oxford, 1923, t. III, pp. 1627 e 1628).

<sup>(102)</sup> La stampa francese e prussiana riportava osservazioni di fonte ufficiale tutte di segno negativo per la tesi del governo americano (cfr. S.L. BERNATH, *Squall across the Atlantic. American Civil War Prize Cases and Diplomacy*, Berkeley, 1970, p. 87).

<sup>(103)</sup> Sir T. TWISS, *Continuous voyage*, s.d., ristampato in *Prize Law and Continuous Voyage*, a cura di T. BATY, London, 1915, p. 29.

<sup>(104)</sup> *Ibidem*.

degli americani, mutatis alla prima evenienza da paladini dei neutrali a belligeranti intransigenti. « It will have been observed also » — ironizzava il pugnace Montague Bernard — « that the rights of war were asserted and enforced, with somewhat more than usual rigour, by a nation which has commonly been the advocate and champion of the interests of peace. American precedents in this war have carried belligerent rights a step or two further than they were carried even by Lord Stowell ». E concludeva con una stoccata ben indirizzata: « I do not recall these facts in order to throw blame on the American Government, but because they show how the point of view from which a State regards questions of international right and expediency may be affected by the situation in which it is placed, and how rapidly even cherished opinions may give way before a great and violent change of circumstances. The history of International Law is full of such variations and inconsistencies » (105).

Solo « variations and inconsistencies »? La sequela di casi in cui le Corti americane si mostravano fin troppo zelanti scolare di Lord Stowell sembravano dargli ragione (106). Nondimeno l'argomento di Montague Bernard provava troppo. Ridurre la storia del diritto internazionale della guerra marittima ad un gioco delle parti era fare esercizio di cinismo, certo non irrealistico, ma eccessivo. La verità era che ora la Gran Bretagna scopriva a sue spese i disagi della condizione di neutrale, in un'età in cui il traffico commerciale, le borse, le transazioni avevano assunto un rilievo senza precedenti. Dietro tante levate di scudi contro l'insolenza americana vi era questa coscienza oltre che una buona dose di suscettibilità nazionalista.

La risonanza dell'*affaire Trent*, il secondo caso di cui merita trattare, deve essere còlta in questa luce. La vicenda, accaduta nel

---

(105) *Op. cit.*, p. 502.

(106) L'altro caso famoso è il *Peterhoff*, ennesimo episodio di applicazione della « regola del viaggio continuo »: il carico di « contrabbando » della nave era stato condannato perché la sua destinazione finale, Matamoros in Messico, lasciava presumere un successivo trasporto via terra per i Confederati. La Corte suprema aveva ritenuto che articoli per loro composizione di contrabbando (« of a contraband character ») fossero suscettibili di confisca anche se formalmente destinati a un porto neutrale quando seri indizi lasciassero ritenere che fossero « destined in fact to a State in rebellion » (SCOTT, *Prize Cases*, cit., p. 1651).



1861, è in un certo senso il contraltare dell'*Alabama*: se nel caso di quella nave in torto erano finiti gli inglesi, col *Trent* l'illecito era stato commesso dagli americani e parte lesa compariva il governo britannico. Il fatto si riassume in due parole: il postale *Trent* era stato fermato in alto mare dalla cannoniera dell'Unione *San Jacinto* che aveva arrestato come « corrispondenza nemica » due emissari della Confederazione, Mason e Slidell, trovati a bordo con la missione di condurre trattative diplomatiche in Europa. La violazione del diritto internazionale era flagrante nella misura in cui la pretesa americana di assimilare i due diplomatici nemici al genere contrabbando di guerra, *sub specie* di corrispondenza nemica, urtava il senso comune, oltre a difettare di una solida base consuetudinaria. Inoltre, poiché il viaggio avveniva tra due porti neutrali, la posta nemica poteva essere confiscata solo seguendo le regole delle prede e, per finire, erano state violate le norme procedurali più consolidate in materia di visita e cattura, poiché la nave non era stata condotta in porto per essere giudicata secondo la prassi<sup>(107)</sup>. L'episodio, vissuto in Inghilterra come un oltraggio alla bandiera, dette il suo daffare a Lord Russel e alla sua controparte americana per disinnescare un potenziale *casus belli*, che aveva allarmato borse e compagnie di assicurazioni al punto da causare una perdita secca di 17 milioni di dollari ai banchieri newyorchesi in tre settimane<sup>(108)</sup>. Il contenzioso si chiuse con il rilascio di Mason e Slidell senza peraltro che alcun riconoscimento di principio del torto precedesse questo atto. La diplomazia aveva prevalso, il diritto internazionale non aveva vinto, ma in compenso l'accresciuta sensibilità verso la neutralità aumentava le probabilità che si compisse qualche passo in dottrina verso la definizione di una strategia comune.

A dispetto del fatto che le ambiguità della linea di condotta del governo britannico durante le ostilità autorizzassero i sospetti di chi, come Hautefeuille, insinuava che il governo inglese approfittasse dei rigori americani per vedere confortati i propri indirizzi giurispru-

---

<sup>(107)</sup> Come dichiararono i *Law Officers* britannici interpellati dal governo (G.H. WARREN, *Fountain of Discontent. The Trent Affair and Freedom of the Seas*, Boston, 1981, pp. 99 e 110).

<sup>(108)</sup> *Op. cit.*, p. 174.

denziali a futura memoria <sup>(109)</sup>, nondimeno qualche segno di ottimismo pareva giustificato. Era vero in effetti che il gabinetto di Sua Maestà, con un calcolo tutto machiavellico, misurasse i suoi passi diplomatici per non perdere il vantaggio di vedere approvata la sua condotta tradizionale in tema di neutralità da un'altra grande potenza marittima che l'aveva in passato aspramente combattuta <sup>(110)</sup>. Altrettanto chiara era la presenza in Parlamento di un forte *lobby* anti-neutrale che lavorava senza tregua contro la Dichiarazione di Parigi <sup>(111)</sup>. Ciononostante, la dottrina giuridica e con essa l'opinione pubblica aveva mostrato di saper prendere le distanze da questa tattica quando, a più riprese durante il conflitto, era insorta a difesa di principi tipici della dottrina « continentale » sulla neutralità. Questo era il dato veramente nuovo sul quale era credibile cercare di costruire un equilibrio giuridico equo e duraturo tra guerra e neutralità <sup>(112)</sup>. Come permettere che una simile occasione

---

<sup>(109)</sup> È il monito che l'Autore rivolge alle altre potenze, Francia *in primis*, quando avverte: « Qu'elles soient bien coinvacues qu'elles fondent un précédent qui sera invoqué et exploité contr'elles aussitôt que l'Angleterre se trouvera engagée dans les hostilités » (*Quelques questions de droit international maritime, à propos de la guerre d'Amérique*, Paris, 1861, p. 74).

<sup>(110)</sup> Valgano a riprova di ciò due testimonianze, una ufficiale, l'altra officiosa ma autorevole: Lord Russell, ministro degli esteri, spiega ai proprietari di una nave sequestrata dall'Unione, che il governo britannico non poteva « deny in this war the exercise of those rights which, in all wars in which Great Britain had been concerned, she had claimed herself to exercise »; a sua volta, il *Times* metteva in guardia contro l'abbandono della strategia tradizionale in quanto, rafforzando i diritti dei belligeranti, « the Federals are fighting our battles as well as their own » (riportati da BERNATH, *op. cit.*, pp. 161 e 152). Ancora nel 1885, il molto conservatore manuale di Phillimore recava traccia della soddisfazione provata dai nazionalisti più accesi nel vedere rispecchiata la giurisprudenza più severa di Lord Stowell nelle decisioni americane. « On this subject, as well as on others relating to Prize Law », si legge nel manuale di Phillimore, « it is very satisfactory to find so entire a harmony » (PHILLIMORE, *op. cit.*, p. 478). Su questo punto, anche J.P. BAXTER, *Some British Opinions as to Neutral Rights, 1861 to 1865*, in A.J.I.L., 1929, p. 517 e sgg.

<sup>(111)</sup> Lobby capeggiata dal deputato Urquhart che prende la parola ai Comuni nel 1862 per fustigare coloro che avevano spuntato « the trident of Great Britain », in nome di più che dubbi « rights of neutrals »: « If there were rights of neutrals, there could no longer be rights of belligerents » (*The Right of Search: Two Speeches by DAVID URQUHART* (January 20 and 27, 1862), London, march 1862, pp. 41 e 45).

<sup>(112)</sup> Che fosse stata proprio l'esperienza della guerra civile americana ad avvicini-

andasse perduta? A questa missione consacreranno buona parte delle loro migliori energie alcuni degli esperti di diritto internazionale più noti del loro tempo.

##### 5. *Gli sforzi della dottrina per giungere a un consenso*

Non vi sarebbe mai stata imparzialità nel trattamento dei neutrali senza una riforma dei tribunali delle prede: Gessner lo aveva dichiarato in piena guerra di Secessione americana interpretando un'opinione diffusa <sup>(113)</sup> che — lo abbiamo visto — vantava precedenti illustri.

Nella sessione dell'*Institut* di Zurigo (1877) su proposta di Westlake, e malgrado l'opposizione del solito Montague Bernard, l'Istituto adotta una risoluzione che invitava alla costituzione di tribunali internazionali delle prede destinati a seguire una procedura comune. In un magnifico e amplissimo rapporto Bulmerincq aveva sviluppato una tesi fondata sul principio che il tribunale delle prede doveva essere misto, basato sulla « combinaison d'une juridiction des belligérants et des neutres, c'est-à-dire, autant que possible de tous les intéressés dans la capture » <sup>(114)</sup>. La riorga-

---

nare la scuola inglese e quella continentale, lo dimostrano i riferimenti costanti, anche negli anni seguenti, alle notissime decisioni della Corte suprema sullo Springbok e i casi analoghi. Nel 1884 Twiss esortava gli americani a prendere le distanze da quei precedenti in quanto « il serait profondément regrettable que, par rapport au droit de blocus, les tribunaux des prises des deux pays (USA e GB n.d.r.) suivissent des lignes différentes, et que, tandis que la haute cour d'appel anglaise s'efforce de rendre le droit de blocus moins onéreux pour les neutres, en en mitigeant l'application avec une plus large équité, la cour suprême des États-Unis d'Amérique courait risque de le rendre intolérable » (*Des droits des belligérants sur mer depuis la déclaration de Paris*, in R.D.I.L.C., 1884, p. 135).

<sup>(113)</sup> « Le droit public maritime ne nous paraît pas pouvoir reposer sur des bases solides, tant que les tribunaux chargés de le faire respecter ne seront pas vraiment internationaux par leur composition comme ils le sont déjà par leur destination; tant qu'on n'aura pas de garanties que leurs décisions seront dictées par l'esprit du droit des gens, et non pas inspirées par des considérations d'intérêt national » (*op. cit.*, p. 433).

<sup>(114)</sup> A. BULMERINCQ, *Théorie du droit des prises*, in R.D.I.L.C., 1879, p. 171. La sua proposta consisteva nel costituire il tribunale di prima e seconda istanza con il concorso di giudici neutrali. Ecco come la descrive: « Dans toute guerre, même s'il y a d'un ou des deux côtés plusieurs États, on peut toujours distinguer deux parties adverses principales: chacune de ces parties principales, ou la réunion des États qui la forment, nomme un

nizzazione dei tribunali avrebbe riguardato sia il primo grado che quello di appello.

A Wiesbaden (1881) una commissione formata da alcuni dei migliori esperti della materia <sup>(115)</sup> giunge, su proposta del belga Rolin, ad una formulazione più prudente: quella di lasciare i tribunali di primo grado alla legislazione statale e di costituire una corte delle prede internazionale di appello all'inizio di ogni conflitto. Alla sessione di Torino (1882) la discussione riprende, con la maggioranza dei membri che ribadisce la preferenza per un tribunale internazionale solo per l'appello. La convinzione prevalente era che esigere l'internazionalizzazione dei tribunali di primo grado avrebbe equivalso a sovvertire delicati principi di giurisdizione, per tacere poi del rischio di urtarsi con l'opposizione intransigente degli Stati, gelosi custodi della propria sovranità <sup>(116)</sup>. Gli sforzi tenaci di Bulmerincq per un doppio grado internazionale non convincono; ancora l'anno successivo, Twiss e Holland ribadiscono la posizione inglese: sì al tribunale di appello, no all'espropriazione della sovranità per il primo grado <sup>(117)</sup>. Non è da sottovalutare il fatto che un Travers Twiss figurasse insieme a Bluntschli e a Gessner, tra i fautori di questa soluzione. Fintanto che si trattava di trovare compromessi parziali nello spirito della massima prudenza la delegazione inglese collaborava, trovando in studiosi solidi ed equilibrati come Perels <sup>(118)</sup> interlocutori ben disposti. È significativo che

---

juge; la troisième est désignée par un État neutre. *Nous obtenons de cette manière un tribunal des prises, commun aux belligérants et aux neutres et fonctionnant pendant toute la durée d'une guerre.* (...) Nous soumettons toutes les affaires des deux parties belligérantes et de tous les neutres, à *un seul tribunal composé de trois juges pour la première instance, et un autre pareil pour la seconde*, en cas d'appel » (*Ibidem*, p. 191). Per semplificare le procedure, Bulmerincq suggeriva di affidare al Belgio, Stato neutrale permanente, il compito di eleggere il giudice per conto di tutti gli Stati neutrali (*Ibidem*, p. 193 ed anche R.D.I.L.C., 1881, p. 447 e sgg.).

<sup>(115)</sup> Arntz, Bluntschli, Bulmerincq (relatore), Gessner, Martens, Perels, Albéric Rolin, Den Beer Poortugael, Travers Twiss.

<sup>(116)</sup> Sessione di Torino del 1882 (*Annuaire abrégé*, cit., *session de Turin*, 1882, pp. 830-831).

<sup>(117)</sup> Sessione di Monaco nel 1883 (*Ibidem*, p. 1110).

<sup>(118)</sup> Il manuale di Perels, giudice della corte di ammiragliato prussiana, si contraddistingue per un'ammirevole equidistanza tra la teoria inglese e quella continentale. Non a caso, l'opera viene tradotta in francese e circola ampiamente tra gli esperti della materia.

Holland e Hall insistessero per limitare la discussione ai tribunali e alla procedura, elidendo per il momento la parte sul diritto sostanziale: sapevano bene che solo così l'Istituto poteva sperare di trovare udienza con i suoi progetti presso il loro governo. Lo stesso valeva per la proposta di sopprimere i tribunali delle prede di prima istanza: era verosimile immaginare che Lord Stowell fosse così presto dimenticato? Ad ogni istante s'intuisce quanto fossero refrattari ad una svolta radicale, trovando comprensione in quei colleghi continentali più scettici sulla fattibilità di una riforma così intrusiva nella sfera della sovranità.

Non sorprende più di tanto che ancora nel 1887, durante la sessione di Heidelberg, si levassero voci di dissenso sull'idea stessa di insistere sui tribunali internazionali. Era realistico proporlo ai governi? Per una volta gli inglesi trovavano nel tedesco Perels una professione di scetticismo persino superiore alla loro <sup>(119)</sup> al punto da costringere il moderato Westlake a intervenire per salvare il destino vacillante dell'idea <sup>(120)</sup>. Alla fine, la tenacia di Bulmerincq non risulta vana. L'Istituto vota una deliberazione che lascia agli Stati i tribunali di prima istanza, prevedendo per il grado di appello la costituzione, in ciascun campo in lotta, di una corte internazionale composta da due membri nominati dal belligerante e da tre designati da potenze neutrali <sup>(121)</sup>.

Dalla procedura al diritto sostanziale: cambia il fronte ma le difficoltà rimangono le stesse. Era possibile giungere a un consenso scientifico sulla scottante questione del contrabbando? L'esperienza suggeriva di no ma i nostri intrepidi giuristi non si danno per vinti. Una commissione dell'*Institut* prende in considerazione nella sessione di Venezia (1896) i due temi più spinosi: il ruolo delle potenze

---

<sup>(119)</sup> « Aucun État belligérant n'accédera à un projet qui soumet les actes de ses représentants, spécialement de ses officiers, à la juridiction et à l'appréciation définitive d'un tribunal dont l'organisation ne dépend pas de lui seul » (*Annuaire abrégé*, cit, *session de Heidelberg, 1887*, p. 412).

<sup>(120)</sup> Il suo argomento principale era l'esistenza di precedenti a suo favore, sotto forma di commissioni internazionali miste. La deliberazione finale registrerà 14 voti favorevoli al tribunale di appello, e 9 contrari ad ogni forma di giurisdizione internazionale delle prede (*Ibidem*, p. 415 e 420).

<sup>(121)</sup> Artt. 85 e 100 della risoluzione di Heidelberg (1887) (*Resolutions*, cit., pp. 71 e 74).

neutrali nella repressione del contrabbando e la revisione della categoria del contrabbando accidentale.

L'ipotesi più ardita e accattivante era quella di internazionalizzare la repressione del contrabbando, togliendone il monopolio e l'onere ai belligeranti per conferirlo agli stessi neutrali. La proposta aveva una sua logica: lo Stato neutrale ha almeno tanto interesse quanto quello belligerante ad impedire l'immistione nella guerra dei propri sudditi, i quali essendo soggetti alla sua potestà, e non a quella del belligerante, debbono ottemperare. Mentre il titolo giuridico del belligerante che esercita un'autorità sui sudditi altrui era difficile da individuare, non così quello dello Stato di appartenenza, ovviamente indiscusso.

Ben altrimenti annosa la disputa sulla categoria controversa del contrabbando accidentale. Ammettere la facoltà unilaterale dei belligeranti di dichiarare qualsiasi bene contrabbando accidentale equivaleva ad assoggettare i neutrali « à la décision unilatérale et arbitraire des belligérants, tout comme si les neutres étaient leurs ressortissants » (122).

La risoluzione finale dell'*Institut* soprassedie alla proposta di conferire ai neutrali la repressione del contrabbando, idea che godrà anche in seguito di qualche favore dottrinale pur essendo molto eversiva delle regole consolidate (123). Enuncia invece la soppressione della categoria del contrabbando accidentale: un successo non trascurabile tenuto conto di quanto inchiostro aveva fatto scorrere questa proposta nei centocinquanta anni precedenti (124).

Sulla strada di una « codificazione » del diritto dei neutri vi era

(122) Rapporto all'*Institut* di Kleen e Brusa, sessione di Venezia, 1896 (*Annuaire abrégé*, cit., *session de Venise*, 1896, pp. 898 e 1072).

(123) La proposta sarà avanzata tra gli altri da un giudice americano, Charles Elliott, nella sessione del 1907 dell'*International Law Association (Report of the Twenty-Fourth Conference held at Portland, Maine, August 29th-31st, 1907*, London, 1908, p. 130).

(124) « Section 4. Are and shall remain abolished those so-called classes of contraband designed under the names either of conditional contraband, articles (*usus ancipitis*) which may be used by a belligerent for military purposes, but the use of which is essentially peaceful, or of accidental contraband, then the said articles are not used specially for military purposes except in certain circumstances » (*Resolutions*, cit., p. 130).

anche un altro ostacolo: il blocco pacifico. Un celebre episodio aveva consegnato alla storia questa istituzione: la distruzione della flotta turca a Navarino nel 1827. Le forze alleate anglo-francesi e russe, nel corso di un'operazione di blocco c.d. « pacifico », avevano affondato la flotta turca, pretendendo, di fronte alle proteste della Porta, di ridimensionare l'episodio a mero « incidente », senza che fosse interpretabile — a lor dire — quale atto di guerra. Il c.d. blocco pacifico è legittimo, si chiede Hautefeuille? No, è la sua risposta. Egli nega la liceità di una prassi che imponeva restrizioni ai neutri senza accollare alle potenze bloccanti l'onere di una guerra dichiarata: « Admettre l'existence du blocus pacifique serait à mes yeux une violation de tous les principes de la loi primitive et secondaire, puisque ce serait laisser à la volonté d'une nation le pouvoir de leur imposer des devoirs qui ne peuvent dériver que de la guerre, c'est-à-dire d'un état de choses déterminé, d'un fait, et non du caprice, de la prépotence d'une nation » (125). Questa condanna fa adepti. Gessner lo bolla di « monstrueuse institution », riconoscendovi « tout simplement un moyen de faciliter aux puissances plus fortes l'oppression des puissances secondaires » (126). Autori come Carnazza Amari (127) e Fauchille non la pensano diversamente: « Le blocus est un acte d'hostilité qui ne peut exister en temps de paix » (128).

All'*Institut*, durante la sessione di Heidelberg, la questione si era presentata ufficialmente. Perels, autore del rapporto, aveva difeso con vigore il blocco pacifico assimilandolo ad istituti affini come la ritorsione e la rappresaglia. Il suo ragionamento era semplice: i neutri non avevano nulla da obbiettare perché non si era in presenza di uno stato di guerra; a condizione naturalmente che la potenza bloccante limitasse l'esercizio della sua potestà alla detenzione temporanea dei vascelli che tentavano di eluderlo, senza procedere alla confisca (129). Dal canto suo, Geffcken lo aveva combattuto con il consueto argomento della estraneità dei terzi alle misure di rappre-

(125) HAUTEFEUILLE, *Des droit et devoirs des nations neutres*, cit., t. II, p. 194.

(126) GESSNER, *op. cit.*, pp. 222 e 227.

(127) G. CARNAZZA AMARI, *Del blocco marittimo*, Catania, 1897, pp. 253-278.

(128) P. FAUCHILLE, *Du blocus maritime*, Paris, 1882, p. 49.

(129) *Annuaire abrégé*, cit., *session de Heidelberg*, 1887, pp. 472-473 e R.D.I.L.C., 1887, pp. 245-252 e 377-383.

saglia, legittime a condizione di non arrecare danno ad altri che non fosse il loro bersaglio: « Si on veut simplement user de représailles, on n'a aucun droit d'imposer à des États tiers une loi que le belligérant seul a le droit d'appliquer » <sup>(130)</sup>.

Alla fine la risoluzione adottata sancisce la legittimità del blocco pacifico: le navi neutrali che avessero tentato di romperlo sarebbero state sequestrate temporaneamente e non confiscate come nel blocco di guerra <sup>(131)</sup>.

#### 6. *Tempi duri per la neutralità: l'involuzione di fine secolo*

« The Declaration of Paris has no friends » <sup>(132)</sup>. Così esordiva nel 1900 il saggio del deputato Thomas Gibson Bowles sulla più importante conquista diplomatica dei neutrali: la Dichiarazione del 1856, appunto. Il suo obbiettivo — semplice: cancellare quell'enorme errore ispirato da un cedimento a un'ideologia pernicioso. « In a word, by the Declaration of Paris, Great Britain is debarred from the use of the most potent and merciful method of the capture and confiscation of marchandise » <sup>(133)</sup>. Il deputato Bowles voleva tornare ai vecchi tempi di Nelson e del dominio incontrastato di Albione; la sua convinzione coincide con quella dell'ammiraglio americano Mahan; ad entrambi la storia sembrava dare ragione: le guerre si vincono strozzando il commercio nemico. Il neutrale che commercia con il nemico non fa che prolungare la guerra e lo

<sup>(130)</sup> *Annuaire abrégé*, cit., p. 479.

<sup>(131)</sup> « 1. Ships under a foreign flag shall enter freely in spite of the blockade. 2. Pacific blockade must be officially declared and notified, and maintained by a sufficient force. 3. The ships of the blockaded Power which do not respect such a blockade may be sequestered. When the blockade is over, they shall be restored to their owners together with their cargoes, but without any compensation whatsoever » (*Resolutions*, cit., pp. 69-70). Questa risoluzione ha l'approvazione di Holland per il quale solo l'abuso nel suo esercizio aveva « discredited its use » (*Studies in International Law*, cit., p. 142).

<sup>(132)</sup> Th. GIBSON BOWLES, M.P., *The Declaration of Paris of 1856: Being an Account of the Maritime Rights of Great Britain; a Consideration of their Importance; a History of their Surrender by the Signature of the Declaration of Paris; and an Argument for their Resumption by the Denunciation and Repudiation of that Declaration*, London, 1900, p. I.

<sup>(133)</sup> *Ibidem*, pp. VI-VII.



spargimento di sangue; perde, così facendo, ogni titolo ad essere trattato come imparziale. Per terminare, una richiesta senza mezzi termini suggella la requisitoria: « The Declaration should be openly denounced and repudiated » <sup>(134)</sup>.

Il vento era cambiato, e il clima che aveva portato non era per nulla propizio alla neutralità, al punto da indurre un giurista inglese a denunciare « a notable tendency towards a recrudescence of the anti-neutral barbarism of pre-revolutionary times » <sup>(135)</sup>. Un episodio era apparso emblematico qualche anno prima quando, nel 1885, il governo francese capeggiato da Jules Ferry, durante la guerra con la Cina, aveva dichiarato il riso(!) merce di contrabbando a dispetto delle proteste britanniche.

Di fronte alla minacciosa marea montante delle opinioni favorevoli alla contrazione dei diritti neutrali in nome di una guerra che fosse più aspra ma anche più breve, la reazione della dottrina assume toni fermi. Richard Kleen, il diplomatico svedese che all'*Institut* aveva firmato i rapporti più avanzati sui diritti neutrali, sente il bisogno di rintuzzare lungamente gli attacchi provenienti da chi additava la guerra commerciale a strumento principe della lotta a spese dei malcapitati neutrali <sup>(136)</sup>. Gli argomenti che ricorrono nelle sue pagine ormai li conosciamo bene: il commercio neutrale è libero tranne che per il contrabbando di guerra e il blocco; la proprietà nemica a bordo della nave neutra non è confiscabile; il blocco deve essere effettivo e notificato individualmente a ogni nave che si avvicini; la 'regola del 1756' e la 'teoria del viaggio continuo' sono insostenibili; infine, il blocco 'pacífico' è inammissibile perché « en dehors de l'état de guerre aucun Etat n'a le droit d'imposer à d'autres Etats des devoirs de neutralité » <sup>(137)</sup>.

Dalla Svezia all'Italia, il dotto Giulio Diena fa eco a Kleen sul contrabbando <sup>(138)</sup> come sulla continuità del viaggio <sup>(139)</sup>, con in più

<sup>(134)</sup> *Ibidem*, p. 210.

<sup>(135)</sup> Thomas Baty alla sessione di Christiania dell'*International Law Association* (*Report of the Twenty-Second Conference held at Christiania, september 1st-4th, 1905*, London, 1906, p. 129).

<sup>(136)</sup> R. KLEEN, *Lois et usages de la neutralité*, Paris, 1900, t. II, pp. 113-117.

<sup>(137)</sup> *Op. cit.*, t. I, p. 654.

<sup>(138)</sup> « Il distinguere il contrabbando in assoluto e relativo non è cosa accettabile,

una convincente perorazione a favore di tribunali internazionali delle prede composti « da un certo numero di rappresentanti degli Stati che non prendono parte alle ostilità » (140).

Persino gli inglesi più sensibili al discorso pacifista, lanciano un grido di allarme: il ritorno in auge della strategia dei grandi blocchi navali a scopo di interdizione commerciale arreca danni irreparabili ai diritti dei neutri senza peraltro risultare decisivo per la vittoria militare (141).

La comunità scientifica serrava i ranghi e a ragione veduta. L'offensiva diplomatica dello Zar destinata a concretizzarsi nelle conferenze dell'Aja apriva uno spiraglio per invertire le sorti della lotta con l'aiuto di quella parte dell'opinione pubblica meno vulnerabile alle isterie scioviniste. Sembrava davvero l'ultima grande occasione prima che la spirale della corsa agli armamenti avesse la meglio.

#### 7. *Le Conferenze dell'Aja (1907) e di Londra (1909): si riaccende la speranza*

Era dai tempi della Conferenza di Parigi che la materia della neutralità non era più oggetto di un grande negoziato diplomatico. La Conferenza dell'Aja del 1907 e di Londra del 1909 cadevano quindi al momento opportuno. Della prima abbiamo già detto e dobbiamo qui aggiungere solo che nella sua agenda, per forza di cose, doveva rientrare la neutralità e la quantomai controversa

---

perché così si giunge a renderne il concetto oltremodo incerto e variabile e a giustificare i maggiori arbitrii da parte dei belligeranti ». Solo ciò che serve « immediatamente » alla guerra dovrebbe essere considerato contrabbando (G. DIENA, *I tribunali delle prede belliche e il loro avvenire*, Torino, 1896, pp. 187 e 190).

(139) *Ibidem*, pp. 211 e 292.

(140) *Ibidem*, p. 334.

(141) L'avvocato Stephen propone nella riunione del 1906 dell'*International Law Association* che fossero dichiarati illegali i blocchi dei porti puramente commerciali al solo scopo « of carrying on a war against the trade of peaceful and friendly powers ». La risoluzione incontra come prevedibile una forte opposizione dai suoi connazionali, tutti agguerriti sull'argomento grazie ai libri dell'ammiraglio Mahan sull'efficacia della guerra al traffico commerciale (*The International Law Association, Report of the Twenty-Third Conference held at Berlin, October 1st-5th, 1906*, London, 1907, pp. 87-151).

giurisdizione delle prede <sup>(142)</sup>. Sulla Conferenza di Londra, basti sapere che fu convocata per promuovere un accordo tra le grandi potenze navali sui punti controversi del diritto delle prede, giacché si riteneva che il varo della Corte internazionale delle prede voluta dalla Conferenza dell'Aja non potesse prescindere da un'intesa in tal senso.

Che vi fosse un gran bisogno di trovare un accordo lo dimostravano con ogni evidenza la profusione di incidenti tra belligeranti e neutrali nei conflitti che punteggiano lo scorcio di secolo antecedente la Prima guerra mondiale. La guerra anglo-boera, quella russo-giapponese, persino il conflitto italo-turco rammentano con moniti insistenti l'urgenza di giungere a un'intesa, pena l'immane riproporsi delle consuete tensioni. I nomi di navi — *Doelwijk*, *Herzog*, *Bundesrath*, *General*, *Knight-Commander* etc. — costellano la corrispondenza delle cancellerie, suscitando aspre polemiche nella stampa dei paesi interessati <sup>(143)</sup>. I termini 'viaggio continuo', blocco, contrabbando risuonano con troppa frequenza per consentire quiete inerzie. Ma in che misura era possibile l'accordo?

Molto era cambiato dal 1856. Come sempre avviene quando sono in gioco interessi strategici di primaria importanza, anche ora le considerazioni politiche interferivano in misura troppo massiccia perché potessero compiersi progressi spettacolari sul versante del diritto internazionale. A seconda dell'istituto preso in esame all'interno della categoria « neutralità » si toccavano interessi vitali di potenze diverse,

---

<sup>(142)</sup> La convenzione n. V che codifica la neutralità nella guerra terrestre e la n. XIII quella nella guerra marittima. La convenzione n. XII istituisce la corte internazionale delle prede.

<sup>(143)</sup> Nel caso del *Doelwijk* (1896), il tribunale delle prede italiano aveva condannato una nave olandese sospettata di portare armi agli abissini. Poiché la nave era destinata a Gibuti, era stata applicata per condannarla la teoria del 'viaggio continuo', ritenendo che la destinazione finale — via terra — fosse il territorio nemico. Analoga applicazione della teoria del 'viaggio continuo' era stata fatta durante la guerra anglo-boera alle navi tedesche *Herzog*, *Bundesrath*, *General* destinate al porto di Lourenço Marques, in territorio portoghese. Il *Knight-Commander* era invece una nave britannica catturata dai russi nella guerra con il Giappone e affondata dopo la cattura per impossibilità di condurla in un porto per l'aggiudicazione. In tutte queste vicende, la cattura era stata seguita da vigorose proteste diplomatiche (VERZIJL, HEERE, OFFERHAUS, cit., pp. 368-369 e p. 530). Sulla controversia giuridico-diplomatica nata nella guerra boera e russo-giapponese, si veda l'ottimo COOGAN, cit., pp. 36-54.

ed i ruoli immancabilmente si invertivano. Per capirlo basta uno sguardo al contesto che fa da cornice alla Conferenza dell'Aja e di Londra, dominato come è dalla crescente rivalità anglo-tedesca e dal progressivo delinearci di un asse anglo-americano in funzione anti-germanica. Gli Stati-Uniti, un tempo strenui difensori dei diritti neutrali, si erano convertiti alle ragioni dei belligeranti ora che una marina da guerra potente batteva sui mari la bandiera dell'Unione. Quanto alla Gran Bretagna, si faceva strada nel gabinetto britannico la convinzione — sostenuta dai militari — che in una guerra con la Germania « the strangulation of her commerce would be a deadly blow to her »<sup>(144)</sup>. In quest'ottica l'effetto deterrente delle corazzate contava decisamente più della pacata ragionevolezza del diritto internazionale.

A dispetto dell'oggettiva difficoltà della materia, il lavoro delle diplomazie permette comunque di consolidare — per il momento — il laborioso sforzo di conciliazione svolto dalla dottrina giuridica nei quarant'anni precedenti su alcuni temi importanti. Su altri, invece, dove il contrasto rimane inconciliabile, il fallimento sarà completo. Vediamo quali sono:

#### A) *Doveri degli Stati neutrali nella guerra marittima*

Alcune delle disposizioni della convenzione sui diritti e doveri degli Stati neutrali adottata nel 1907 erano da ultimo entrate a far parte del diritto consuetudinario e non avevano suscitato quindi particolare discussione. Nel novero figuravano il divieto di vendere ai belligeranti navi da guerra e munizioni nonché l'onere di vigilanza dello Stato su coloro che, nel territorio nazionale, si apprestassero a compiere simili azioni.

Non così pacifica era stata la trattativa sull'assistenza alle navi da guerra dei belligeranti. Qui la doppiezza degli Stati veniva alla luce in modo eclatante.

Il caso della Gran Bretagna è il più emblematico: dopo aver deprecato l'insolente invadenza americana verso i neutrali durante la Guerra di Secessione, quarant'anni dopo, alla seconda Conferenza

---

<sup>(144)</sup> Da un rapporto attribuito al capitano Maurice Hankey dell'*Intelligence* britannico (A. OFFER, *The First World War. An Agrarian Interpretation*, Oxford, 1989, p. 239).

dell'Aja, Londra esigeva che i porti neutrali si impegnassero a concedere la minima assistenza possibile al naviglio belligerante. In un quadro geopolitico gravido di minacce per la propria supremazia navale, la Gran Bretagna, forte delle proprie basi disseminate nei porti dell'Impero, mirava a ridurre drasticamente il raggio di azione delle marine avversarie, costringendo appunto i paesi neutrali a circoscrivere il rifornimento delle navi nemiche allo stretto necessario per il viaggio di ritorno nei porti di origine. I commentatori inglesi più spassionati svelavano senza reticenza alcuna la tattica del loro governo: « The differences of standpoint was not derived solely from theoretical conceptions, but from political interests and geographical conditions, which rendered the conciliation of the opposing views particularly difficult (...). International law is not an abstraction irrespective of politico-geographical considerations; it is the reflection of the life of the society of states »<sup>(145)</sup>.

La manovra non era comunque riuscita. Le restrizioni hanno maglie abbastanza larghe da consentire sufficiente libertà di azione ai neutrali ben disposti ai quali resta una certa latitudine interpretativa, come testimonia, *a contrario*, la stizzita riserva britannica<sup>(146)</sup>.

## B) *Corte internazionale delle prede*

Il lettore ricorderà quanta fatica fosse costata all'*Institut* la ricerca di un accordo sulla corte internazionale delle prede. Ebbene se tanto tempo aveva speso un consesso di studiosi a trovare l'intesa, altrettanto se non di più era prevedibile che ne impiegasse un'assemblea di diplomatici. Ed è ciò che avviene all'Aja nel 1907.

La proposta tedesca immaginava una corte costituita all'inizio delle ostilità; quella inglese, un organo permanente. I tedeschi volevano una corte che si pronunciasse sui ricorsi dei sudditi degli Stati belligeranti oltre che dei paesi neutrali; gli inglesi intendevano invece limitarne la competenza a questi ultimi.

Alla fine l'organismo che esce dall'estenuante negoziato è una corte permanente di appello aperta al ricorso di sudditi neutrali e

<sup>(145)</sup> A.P. HIGGINS, *The Hague Peace Conferences*, Cambridge, 1909, pp. 460 e 477.

<sup>(146)</sup> Artt. 19-23.

nemici autorizzata a pronunciarsi, in assenza di regole generalmente riconosciute, « d'après les principes généraux de la justice et de l'équité » (147).

Senza che la diplomazia ne fosse ben consapevole la discussione sulla Corte internazionale delle prede aveva sfiorato due temi di grande rilievo teorico per il diritto internazionale. Il primo era l'ammissione della legittimazione ad agire di singoli individui, contrariamente al dogma positivista che vedeva solo gli Stati quali soggetti di diritto internazionale. Il secondo era la concessione al giudice della facoltà di statuire sulla base di una « ragione giuridica naturale » per integrare l'ordinamento internazionale (148).

Era una piccola vittoria per la scienza giuridica di fronte alle acque agitate che attendevano la ratifica della convenzione. Non era un caso che Von Listz scegliesse proprio i *Festgabe für Gierke* per proclamare che la Corte internazionale delle prede era qualcosa « wesentlich anders als ein Schiedsgericht »: si trattava di un vero e proprio « unabhängiger Weltgerichtshof » (149). Non si poteva negare che la creazione di questo tribunale, indipendente nel suo funzionamento dal volere sovrano degli Stati, « eine Verschiebung der Grundlagen des Völkerrechts enthält » (150). Tanto più poi se si prestava attenzione al fatto che « wer aber Träger eines völkerrechtlichen Anspruchs sein kann, ist selbst Subjekt des Völkerrecht — gli individui erano anch'essi soggetti di diritto internazionale! (151). Gierke, che aveva preconizzato il tramonto del vecchio concetto individualistico della sovranità poteva essere soddisfatto:

---

(147) Art. 7 della convenzione n. XII.

(148) L'idea del relatore Renault era quella di uno sviluppo giurisprudenziale analogo alla vicenda giudiziaria inglese. « En définitive, la situation faite à la nouvelle Cour des prises ressemblera beaucoup à la condition qui a été longtemps celle des tribunaux dans les pays où la législation principalement coutumière était encore rudimentaire. Ils faisaient la loi en même temps qu'ils l'appliquaient et leurs décisions formaient des précédents, devenus une source importante du droit » (*Projet d'une convention relative à l'établissement d'une Cour internationale des prises, rapport à la Conférence de Louis Renault*, in *Deuxième conférence internationale de la paix, actes et documents*, cit., t. I, p. 191).

(149) *Festgabe für Otto Gierke zum Doktor-Jubiläum 21. August 1910- Dritter Band. Internationales Recht. Strafrecht. Rechtsvergleichung*, Breslau, 1910, p. 31.

(150) *Ibidem*, p. 33.

(151) *Ibidem*, p. 39.

«Paßt zu dieser Konstruktion der alte überlieferte Souveränitätsbegriff nicht mehr, dann muß er eben abgeändert werden» (152).

A gettare acque sul fuoco provvede Arrigo Cavaglieri con lo stile asciutto e la tranquilla sicurezza che contraddistinguono i suoi scritti. Niente da fare: la Corte internazionale delle prede appartiene ancora alla specie del genere arbitrale; le innovazioni non bastano a farne un giudice *super partes*. Il concetto di giurisdizione, dice lo studioso italiano, « se fosse veramente realizzato nella Corte delle prede, conferirebbe ad essa l'attributo della sovranità sottraendolo correlativamente ai singoli Stati ». Il punto è che questo concetto di superiorità della giurisdizione « esula invece completamente dai caratteri essenziali della Corte medesima: la quale, e nell'atto formale che la istituisce e in tutto lo sviluppo sostanziale della sua attività, rivela il suo fondamento puramente convenzionale, costituito cioè esclusivamente sul volontario consenso degli Stati firmatari della convenzione » (153). Nulla di più ovvio. Poteva forse essere diversamente? Probabilmente no, in presenza di Stati abbarbicati come non mai alle prerogative classiche della sovranità non ci si poteva attendere maggiore ardimento. Già del resto la ratifica della convenzione presentava difficoltà considerevoli alla luce degli ordinamenti interni dei singoli Stati. Cosa sarebbe avvenuto, ad esempio, negli USA, dove la Costituzione sembrava affidare la giurisdizione esclusiva delle prede ai tribunali federali e alla Corte suprema? Consapevoli del pericolo che attendeva il trattato in Senato, i giuristi americani si affrettano a chiarire che questa attribuzione « does not limit the power of the federal Government to provide by treaty for the decision of any question of an international nature » (154). Restava tutto da vedere se i senatori avrebbero annuito.

---

(152) *Ibidem*, p. 44.

(153) A. CAVAGLIERI, *La natura giuridica della Corte internazionale delle prede*, in R.D.I., 1913, pp. 134-135.

(154) Th. RAEBURN WHITE, *Constitutionality of the Proposed International Prize Court—Considered from the Standpoint of the United States*, in A.J.I.L., 1908, p. 505.

C) *Contrabbando, 'viaggio continuo', blocco*

La Conferenza di Londra tiene ferma la distinzione tra contrabbando assoluto e relativo (*incipitis usu*), autorizzando l'ampliamento della lista di entrambi per mezzo di una dichiarazione della potenza belligerante all'inizio delle ostilità. La novità era l'affermazione che i beni a destinazione puramente pacifica non potevano essere dichiarati contrabbando, con in più l'esemplificazione nominativa di una lista di prodotti che vanno dal cotone alla mobilia. Unica seria eccezione, che crea qualche apprensione ai britannici, i generi alimentari (*Foodstuffs*), di cui si temeva la sistematica intercettazione in caso di guerra, quantunque l'art. 33 esigesse la condizione ulteriore che fossero destinati « for the use of the armed forces or of a Government department of the enemy State » — non quindi, in linea di principio, alla popolazione civile.

Nessun seguito aveva ottenuto la proposta inglese nel 1907 di abolire del tutto la confisca per contrabbando, iniziativa apparsa agli altri delegati nulla più che un *coup de théâtre* ad esclusivo beneficio del proponente. Aveva forse torto l'Ammiraglio Tirpitz quando ammoniva Bülow contro l'astuta manovra di Albione? Era chiaro che gli inglesi avrebbero potuto dare scacco a tutte le altre marine mediante il blocco più esteso, mentre si sarebbero messi al riparo da eventuali scorrerie sul loro traffico mercantile grazie all'abolizione del contrabbando <sup>(155)</sup>.

In effetti questa interpretazione era confortata dall'insistenza inglese sulla facoltà della potenza bloccante di intercettare anche a molta distanza dalla costa nemica il naviglio sospettato di tentare la violazione del blocco; insistenza contrastata dalle delegazioni degli

---

<sup>(155)</sup> DAVIS, *The United States and the Second Peace Conference*, cit., p. 237. In effetti, questa proposta era maturata nel contesto di una revisione della strategia navale ad opera dell'Ammiragliato e del *Board of Trade* che mirava a colpire il nemico mediante il blocco e a difendere il proprio naviglio mercantile grazie all'abolizione del contrabbando. È stato detto sinteticamente che alla Conferenza dell'Aja gli inglesi miravano ad ottenere la consacrazione del blocco più esteso e del contrabbando più limitato, mentre i tedeschi, che sapevano di non poter bloccare le coste inglesi, intendevano circoscrivere gli effetti di un ipotetico blocco a proprio danno, ferma restando la definizione più ampia di contrabbando per colpire i traffici con l'Inghilterra (cfr. COOGAN, *op. cit.*, pp. 84-89 e 97).



Stati continentali che preconizzavano un blocco il più possibile adiacente alla costa nemica. Alla fine sono i secondi a spuntarla: la cattura doveva avvenire « within the area of operations » (art. 17) delle navi designate per il blocco: formula lievemente ambigua ma pur sempre preferibile alla discrezionalità assoluta.

Sempre alla Conferenza di Londra i tedeschi si battono per l'abolizione del 'viaggio continuo' in relazione al contrabbando. Dopo una lunga negoziazione con gli americani, che restavano fedeli alla dottrina, la conferenza raggiunge un accordo, giudicato soddisfacente dalla Germania: il 'viaggio continuo' era destinato a rimanere in vita solo per il contrabbando assoluto, mentre sarebbe stato eliminato riguardo al contrabbando relativo — a meno che il nemico mancasse di propri sbocchi a mare. I tedeschi ritenevano di aver scongiurato in questo modo il rischio di essere tagliati fuori dai rifornimenti *via* gli Stati neutrali in caso di guerra.

E la famosa « regola del 1756 »? La diplomazia non si era pronunciata. Tuttavia per Pearce Higgins doveva considerarsi vigente, in quanto rispondente ad una logica sempre valida: « The Rule prevent neutrals from intervening in the contest to the advantage of one belligerent. (...) Each Power remains free to consider as an enemy every neutral ship taking part in a traffic reserved in time of peace » <sup>(156)</sup>.

#### D) *Criteri per l'individuazione della nazionalità*

La Conferenza di Londra lasciava aperta la questione di quale criterio avrebbe prevalso nella determinazione della proprietà: se la nazionalità o la residenza. Si trattava di una delle questioni più annose e meno facili da risolvere. L'*Institut*, nel corso delle sue deliberazioni, aveva incontrato notevoli difficoltà nell'approdare ad una soluzione unitaria e la guerra russo-giapponese era giunta a confermare lo stato caotico della materia. Nel suo manuale per la guerra navale del 1913, l'*Institut* inviterà gli Stati a sciogliere il nodo all'inizio delle ostilità, dichiarando « whether the enemy or neutral character of the owner of the goods is determined by his place of

---

<sup>(156)</sup> HIGGINS, *War and Private Citizen*, cit., pp. 188 e 190.

residence or his nationality» (art. 51) <sup>(157)</sup>. Era peraltro poco probabile che in caso di conflitto tale invito fosse accolto.

### E) *Distruzione delle prede neutrali*

Anche sulla distruzione delle prede neutrali l'accordo si rivela faticoso: gli inglesi vi si oppongono; Russi e Giapponesi la sostengono; per i primi, dotati di una vasta rete di basi navali, la preda non è un ingombro; per i secondi, costretti ad operare senza supporto logistico a grandi distanze, sì. A spuntarla saranno i secondi: l'art. 49 della Dichiarazione di Londra prevede questa possibilità « as an exception ».

### 8. *L'ora del disincanto*

Queste, in estrema sintesi, le deliberazioni sugli argomenti più sensibili all'Aja e a Londra. La parola tornava ora alla scienza giuridica.

Dopo aver seguito con trepidazione le mosse sullo scacchiere diplomatico, era giunto il momento per la dottrina di tirare le fila dell'azione svolta.

Per parte sua, Philip Zorn nel dare un giudizio positivo sul bilancio dell'opera di codificazione se la prendeva con l'ipocrisia di quei paesi che stigmatizzavano la distruzione delle prede neutrali solo perché disponevano di una ragguardevole mappa di supporti logistici <sup>(158)</sup>. In ogni caso, l'esperienza dell'Aja era stato un salutare bagno di concretezza per una scienza giuridica troppo propensa ad

<sup>(157)</sup> *Resolutions*, cit., p. 187.

<sup>(158)</sup> « Wird aber in solchem Falle (quella dei paesi senza basi navali, n.d.r.), wie dies in der Konvention geschieht, eine unbedingte Schadensersatzpflicht ausgesprochen, so ergibt sich in der Frage eine völlige Ungleichheit zwischen Staaten, die Schiffe ohne Entschädigung nach der Beschlagnahme in ihren — oder in bundesgenössischen! — Häfen verwahren können und denjenigen Staaten, die, weil sie dies nicht können, entweder solche Schiffe zerstören müssen und dafür dann voll entschädigungspflichtig sind, oder sie einfach freizulassen genötigt sind » (Ph. ZORN, *Die Fortschritte des Seekriegsrechtes durch die zweite Haager Friedenskonferenz*, in *Staatsrechtliche Abhandlungen, Festschrift für Paul Laband zum fünfzigsten Jahrestage des Doktor-Promotion*, Tübingen, 1908, t. I, p. 194).

abbandonarsi ai piaceri di una formalizzazione dogmatica astratta (« ziviljuristischen Formalisierung ») <sup>(159)</sup>.

Ma il vero ostacolo era in mare, non sul continente.

Conveniva all'Inghilterra la ratifica della convenzione di Londra? Questa la domanda che assillava l'*establishment* britannico.

Una parte dei giuristi rispondeva di sì.

« Fair and equitable compromise » lo definiva Arthur Cohen <sup>(160)</sup> mentre Norman Bentwich metteva in rilievo quanto fosse vantaggiosa per gli interessi britannici: « We have not carried out our point altogether, but we are better off than we were without the Declaration » <sup>(161)</sup>. Tanto come neutrale che come belligerante la Gran Bretagna avrebbe guadagnato dalla ratifica; in caso contrario « we shall gain nothing as belligerents, we shall lose much as neutrals » <sup>(162)</sup>.

Non così riteneva Holland. L'autorevole e molto nazionalista professore di Oxford non fa nulla per nascondere la sua avversione verso la Corte internazionale delle prede. A chi citava a modello la formazione giurisprudenziale della *Common Law*, egli replicava asciutto e con qualche fondamento che l'analogia non calzava. Non riusciva proprio a immaginare una Corte autorizzata a integrare a suo piacimento il diritto internazionale in presenza di lacune, « at its free will and pleasure », quando « in such case the ultimate adjustment of view is the appropriate work, not of a law Court, but of diplomacy » <sup>(163)</sup>. In conclusione, la convenzione sulla Corte internazionale delle prede, così come il suo complemento, la Dichiarazione di Londra, non dovevano essere ratificate: questa la sua parola di esperto <sup>(164)</sup>.

Nella sessione dell'*Institut* di Parigi, un anno dopo la Conferenza di Londra, l'accorto Dupuis tracciava uno schizzo crudemente realistico degli interessi contrapposti sulla questione: da una parte la Gran

<sup>(159)</sup> *Ibidem*, p. 178.

<sup>(160)</sup> A. COHEN, *The Declaration of London*, London, 1911, p. 37.

<sup>(161)</sup> N. BENTWICH, *The Declaration of London*, London, 1911, p. 23.

<sup>(162)</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>(163)</sup> Th. E. HOLLAND, *Letters « To the Times », upon War and Neutrality (1881-1909) with some Commentary*, second edition, London, 1914, p. 178.

<sup>(164)</sup> *Ibidem*, p. 186.

Bretagna (e in misura minore il Giappone) con potenti flotte e basi disseminate nel mondo; dall'altra tutti i paesi sprovvisti di diramazioni logistiche, e quindi dipendenti dall'assistenza neutrale<sup>(165)</sup>.

Il dibattito sulla Dichiarazione di Londra all'*Association for International Law* si svolge in un clima analogo, registrando due schieramenti contrapposti. Coloro che prestano il loro assenso all'opera dei diplomatici insistono sull'importanza dell'equilibrio raggiunto, linea mediana tra la scuola inglese e quella continentale. Si poteva in effetti sostenere che le disposizioni sul contrabbando e il blocco definissero un compromesso soddisfacente, anche se non altrettanto lusinghiero era il giudizio su questioni cruciali come la 'regola del 1756', l'individuazione della proprietà, la conversione dei mercantili in navi da guerra, che rimanevano inevase o trattate parzialmente<sup>(166)</sup>.

Chi avversava la Dichiarazione si compiaceva a metterne in luce il carattere dottrinario e irrealistico, o francamente pericoloso. Si obiettava che la teoria del viaggio continuo, tanto detestata dagli scrittori continentali, era troppo ben radicata nella giurisprudenza americana e inglese per pensare che all'occorrenza essa non avrebbe offerto i suoi preziosi servizi al belligerante di turno. Quanto al tribunale internazionale delle prede, per il cui funzionamento la Dichiarazione era stata immaginata, avrebbe dato la stura a contenziosi interminabili, stante la vaghezza delle formule adottate dalla Dichiarazione stessa. Che dire poi della distruzione di prede neutrali? L'ammissione di questa ipotesi segnava nientemeno che un passo indietro rispetto al diritto vigente<sup>(167)</sup>. Perché poi le potenze continentali non avversavano più la causa del contrabbando, ma volevano persino estenderlo al cibo? « Can it because these islands were not dependent on overseas supplies for their food in those days, and are absolutely dependent on overseas food now? »<sup>(168)</sup>.

<sup>(165)</sup> *Annuaire abrégé*, cit., *session de Paris*, 1910, pp. 644-645.

<sup>(166)</sup> Relazioni di Arthur Cohen e John Macdonnell (*International Law Association. Report of the Twenty-Sixth Conference held at the Guidehall, London, august 2nd-5th, 1910*, London, 1910, pp. 78, 86 e 115).

<sup>(167)</sup> Rapporti di C. Noble Gregory (USA) e di Thomas Baty (GB), nonché gli interventi di Léon de Montluc e Phillimore (*Ibidem*, pp. 115-147).

<sup>(168)</sup> T. BATY, *Britain and Sea Law*, London, 1911, p. 56.

L'atmosfera che si respirava all'interno di queste autorevoli assemblee di studiosi non era certo di buon auspicio per la sorte delle convenzioni. La persistenza dei contrasti, il tono a volte acrimonioso del confronto, non promettevano un rapido accordo. La linea che aveva diviso le diplomazie separava ora la dottrina giuridica europea, seguendo un confine che isolava gli inglesi dalle altre nazionalità, le quali polemizzavano apertamente quando parti in causa, come i tedeschi <sup>(169)</sup>, o esitavano perplesse quando tradizionalmente neutrali <sup>(170)</sup>. La prospettiva di un consenso si allontanava sempre di più: là dove la scienza non riusciva poteva forse la politica?

Le illusioni si dileguano in un baleno. La Dichiarazione di Londra non è ratificata dal Parlamento britannico: la Camera dei Lords rifiuta il suo assenso a un atto che sembrava compromettere, una volta ancora dopo la Dichiarazione di Parigi, l'egemonia navale britannica <sup>(171)</sup>.

L'accoglienza che gli era stata riservata non consentiva esiti diversi. Presa nel mezzo di una campagna ostile di sapore sciovinista <sup>(172)</sup>, la Dichiarazione è accusata di svendere secoli di gloria navale inglese. « The lesson of all history is that, whether in peace for trading or in war for fighting, the sea has always dominated the land », sentenza Gibson Bowles <sup>(173)</sup>. A nulla vale la giudiziosa

---

<sup>(169)</sup> Per una testimonianza degli umori tedeschi, si può citare un saggio dedicato a questo problema, nel quale la pretesa inglese di sfruttare la sua vantaggiosa posizione geopolitica viene apertamente contestata: « England, ähnlich Japan und Amerika, wünschten ihre Ueberlegenheit zur See, die wesentlich auf ihrer geographischen Lage beruht, zu erhalten und zu steigern und suchten die Benutzung neutralen Gebietes, die den andern Mächten einen gewissen Ausgleich für ihre ungünstige Lage schafft, auf ein Mindestmaß herabzudrücken » (P. EINICKE, *Rechte und Pflichten der neutralen Mächte im Seekrieg nach dem Haager Abkommen vom 18. Oktober 1907*, Tübingen, 1912, p. 375).

<sup>(170)</sup> L'estenuante discussione all'*Institut* occupa buona parte della sessione di Parigi. Aggiornata, essa non sarà più ripresa (cfr. *Annuaire abrégé*, cit., p. 613 e sgg.).

<sup>(171)</sup> « They felt instinctively that our maritime supremacy was being threatened and that it was wrong that it should be » (Lord DEVLIN, *The House of Lords and the Naval Prize Bill, 1911, the Rede Lecture*, Cambridge, 1968, p. 26).

<sup>(172)</sup> Persino le Camere di Commercio si uniscono al coro della protesta contro la Dichiarazione, accusata di mettere in pericolo la marina mercantile britannica (SEMMELE, *op. cit.*, p. 111).

<sup>(173)</sup> Th. GIBSON BOWLES, *Sea Law and Sea Power as they would be affected by recent Proposals; with Reasons against those Proposals*, London, 1910, p. V.

osservazione che l'Inghilterra si avvantaggiava dell'esclusione del cibo dalla lista del contrabbando assoluto — il suo approvvigionamento in caso di guerra non sarebbe stato minacciato <sup>(174)</sup>. Né serve la cinica promessa dell'ammiraglio Jack Fisher che, in caso di guerra, la *Royal Navy* avrebbe « gettato fuori bordo » la Dichiarazione di Londra <sup>(175)</sup>. Questa inquietante rassicurazione non era bastata a placare le apprensioni dei conservatori, dei *Dominions* e di coloro che, per ironia della sorte, ritenevano che non abbastanza fosse stato fatto per limitare i diritti dei belligeranti.

In breve, la Corte internazionale delle prede, che tanto inchiostro aveva fatto scorrere, sarebbe rimasta un sogno, in quanto la convenzione n. XII dell'Aja — al pari della Dichiarazione di Londra — non verrà mai ratificata.

In un clima carico di sinistri presagi, la scienza giuridica, che tanto aveva fatto per la causa della neutralità, assisteva impotente alla sua disgregazione — essa stessa in parte contagiata dal pregiudizio nazionalista. Nel pieno della corsa agli armamenti navali vi era da prevedere che la voce della neutralità sarebbe stata prima o poi sopraffatta dall'artiglieria.

\* \* \*

La Dichiarazione di Londra sarà una delle tante vittime della Grande Guerra. Mai ratificata, viene subito ripudiata anche come norma di condotta consuetudinaria, con l'eccezione di alcune sue disposizioni meno controverse <sup>(176)</sup>.

La Germania ricorre alle mine e alla guerra sottomarina indiscriminata nelle « zone di guerra », attirandosi la riprovazione dei neutrali. Ma quanto a violazione delle norme, anche di quelle più consolidate, la Gran Bretagna non è da meno.

In patente contrasto con il dettato delle convenzioni, l'Ammi-

---

<sup>(174)</sup> « Foodstuffs having been placed upon the list of conditional contraband by the Declaration of London, all food supplies for the use of the civil population coming to this country in neutral bottoms will be allowed free entry. That is a gain so obvious that it does not require to be argued » (S.N., *The Naval Prize Bill and the Declaration of London*, London, 1912, pp. 16-17).

<sup>(175)</sup> OFFER, *op. cit.*, p. 277.

<sup>(176)</sup> GARNER, *International Law and the World War*, cit., v. I, 35.

ragliato inglese proclama quali « zone militari » interdette al traffico civile vasti tratti di mare; decreta un « blocco » così esteso da interdire, contro ogni regola al riguardo, qualsivoglia traffico con la Germania anche via i paesi neutrali <sup>(177)</sup>; estende la dottrina del viaggio continuo al contrabbando condizionale <sup>(178)</sup>; allunga senza ritegno la lista delle merci di contrabbando fino al punto di vanificare la distinzione tra assoluto e relativo <sup>(179)</sup>. E ancora: adotta il criterio più esteso possibile di proprietà nemica; redige « liste nere » di nemici, alleati dei nemici ed altri soggetti che « si ritenesse » commerciasero per conto del nemico — « trading with the enemy »; allarga a dismisura la discrezionalità probatoria della corte delle prede, autorizzata a pronunciare condanna « on any sufficient evidence »; arma i mercantili <sup>(180)</sup>.

In questo frangente, che riportava l'orologio della storia agli anni delle guerre napoleoniche, la posizione dei neutrali come l'Olanda era divenuta quasi insostenibile di fronte alla pressione in

---

<sup>(177)</sup> La pratica corrente usata dalla marina inglese era quella di costringere *comunque* i mercantili neutrali a fare rotta in un porto britannico, dove sarebbe stata decisa la sorte del carico. Come fece notare il governo americano nella sua protesta del 30 marzo 1915: « The novel and quite unprecedented feature of that blockade, if we are to assume it to be properly so defined, is that it embraces many neutral ports and coasts, bars access to them, and subjects all neutral ships seeking to approach them to the same suspicion that would attach to them were they bound for the ports of the enemies of Great Britain, and to unusual risks and penalties » (Ph. C. JESSUP, *American Neutrality and International Police*, Boston, 1928, p. 141).

<sup>(178)</sup> La Dichiarazione di Londra permetteva di catturare le derrate alimentari quando fosse possibile dimostrare l'effettiva destinazione al governo nemico. Già dai primi mesi di guerra, la marina britannica prende a sequestrare navi neutrali destinate a nazioni neutrali, senza curarsi affatto di fornire questa prova (COOGAN, *op. cit.*, p. 199).

<sup>(179)</sup> Il governo britannico affermò francamente nel 1916 che « for practical purposes the distinction has ceased to have any value » in quanto il governo tedesco aveva assunto il controllo di tutto l'approvvigionamento: cosicché non sussisteva più alcuna « real distinction » tra forza armata e popolazione civile, ed ogni indagine sulla « reale destinazione » delle provviste era superflua (JESSUP, *American Neutrality and International Police*, cit., p. 37).

<sup>(180)</sup> Misura quest'ultima invocata dai tedeschi per giustificare il siluramento senza preavviso di mercantili divenuti singolarmente pericolosi per i sommergibili in emersione (TURLINGTON, *Neutrality*, cit., p. 43). Cfr. anche, J.W. GARNER, *Violations of Maritime Law by the Allied Powers during the World War*, in A.J.I.L., 1931, p. 26 e sgg.

cui la stringeva la marina alleata <sup>(181)</sup>. A risultare perdente in questo scontro era tutto il diritto internazionale delle prede, cui tante fatiche avevano consacrato generazioni di giuristi, che andava miseramente in pezzi <sup>(182)</sup>. Ma soprattutto entrava in crisi il concetto stesso di neutralità, eclissato dalla parzialità americana di fronte alle smaccate violazioni britanniche del diritto internazionale <sup>(183)</sup>. « Piece by piece the whole body of neutrality legislation crumbled, until at the end to the war, the bare backbone of the skeleton was left » <sup>(184)</sup>. L'entrata in guerra degli Stati Uniti in risposta alla guerra sottomarina indiscriminata — scatenata dai tedeschi come misura di rappresaglia — segna la fine di un'epoca: la neutralità non era più all'ordine del giorno e al suo posto risorgeva la distinzione tra belligeranti « giusti » e « ingiusti » <sup>(185)</sup>.

---

<sup>(181)</sup> Le derrate destinate all'Olanda erano sequestrate sulla base della presunzione che loro ultima meta fosse la Germania (COOGAN, *op. cit.*, pp. 162-163).

<sup>(182)</sup> « By the end of January 1915, the British government was systematically violating every rule of international law which it believed might hinder its campaign against German imports » (COOGAN, *op. cit.*, p. 214).

<sup>(183)</sup> « By the end of March 1915, the United States was not longer entitled to the legal status of « neutral » (*Ibidem*, pp. 193, 209, 235, 236).

<sup>(184)</sup> N. ORVIK, *The Decline of Neutrality, 1914-1941*, New York, 1971, p. 39.

<sup>(185)</sup> « The old system had drawn a clear distinction between belligerents and neutrals, and had defined certain rights and duties for each. The American failure to fulfill the obligations of neutrality was a primary factor in the disintegration of this distinction. Wilson instead drew a moral distinction between the allies and the Central Powers and shaped American « neutrality » to favor the « good » belligerent » (COOGAN, *op. cit.*, p. 255).



## EPILOGO

1. La sovranità contestata. — 2. Conflitto di paradigmi.

### 1. *La sovranità contestata*

Si combatteva ancora sul fronte occidentale quando una nuova ed inedita offensiva ebbe inizio su un terreno tutto diverso dalle trincee della Somme: quello della scienza giuridica europea. L'obiettivo era la sovranità, bastione da espugnare per poi demolirlo.

Di fronte alla scena di devastazione che si presentava alla civiltà europea, individuare colpe e responsabilità non era difficile. Era come se la sovranità statale si dichiarasse rea confessata.

A rialzare la testa per primo è il flebile ma non sopito giusnaturalismo.

Il positivismo giuridico, accusa il gesuita Viktor Cathrein, ha minato la fede in un ordine naturale del diritto e oggi l'umanità ne raccoglie i frutti avvelenati <sup>(1)</sup>. Il precetto « tu non devi fare torto a nessuno » vale nelle relazioni tra gli Stati come in quelle fra gli uomini. Questo diritto naturale universale e immutabile forma la base del diritto internazionale — « Dieser Teil der internationalen Rechte und Pflichten bildet das natürliche Völkerrecht, das unabhängig von positiven Gesetzen und Abmachungen für alle souveräne Völker aller Zeiten und Zonen gilt » <sup>(2)</sup>. Dai suoi postulati — riassunti nelle massime « pacta sunt servanda », « dai a ciascuno il

---

<sup>(1)</sup> « Der Rechtspositivismus seit Kant hat sein Möglichstes getan, um diesen Glauben an eine gottgesetzte natürliche Rechtsordnung zu untergraben und das Recht seiner religiösen Weihe und Heiligkeit zu entkleiden. Jetzt erntet man, was man gesät hat » (V. CATHREIN S.J., *Die Grundlage des Völkerrechts*, Freiburg im Breisgau, 1918, p. 97).

<sup>(2)</sup> *Ibidem*, p. 62.

suo », « non arrecare danno a nessuno » — scaturiscono necessariamente regole di condotta per gli Stati. Tale insieme di precetti e di diritti forma il diritto internazionale naturale. Le esigenze non previste e non soddisfabili da questo diritto fondamentale possono rientrare nelle convenzioni tra gli Stati, venendo così a formare il diritto internazionale positivo, valido solo per i contraenti <sup>(3)</sup>. Universale nel suo fondamento, questo nuovo diritto internazionale lo è anche nella sua validità spaziale: non più circoscritto ai soli Stati « civili » ma anche ai popoli « primitivi ». Il costituzionalismo — ripete il religioso di Colonia Joseph Mausbach — ha insegnato che la sovranità non è un concetto assoluto poiché essa non significa affatto una « atomistische, beziehungslose Selbständigkeit » <sup>(4)</sup>. I tentativi di fondare il diritto internazionale sull'autolimitazione degli Stati, senza ricorrere al diritto naturale, risultano vani <sup>(5)</sup>, come ammettono gli stesso positivisti quando fanno appello a principi superiori — come quello *pacta sunt servanda* <sup>(6)</sup> — per assicurare la stabilità del vincolo giuridico <sup>(7)</sup>. Del resto, ogniqualvolta il diritto positivo resti silente ed occorra colmare la lacuna, è lì che viene in aiuto il diritto naturale <sup>(8)</sup>.

Se gli appelli di parte cattolica non avevano molte possibilità di incidere nel dibattito teorico, per quanto sostenuti da forti argomenti, ben diverso impatto produceva il movimento di ribellione al positivismo che si scatena all'interno della scienza giuridica laica e

---

<sup>(3)</sup> « Andere Forderungen für den Völkerverkehr dagegen sind in den obersten Grundsätzen nur unbestimmt enthalten, sie müssen unter den Staaten durch ausdrückliche und stillschweigende Verträge oder Übereinkünfte näher bestimmt werden, und diese Bestimmungen bilden das positive Völkerrecht » (*Ibidem*, p. 62).

<sup>(4)</sup> J. MAUSBACH, *Naturrecht und Völkerrecht*, Freiburg im Breslau, 1918, p. 102.

<sup>(5)</sup> « Dem Gesagten zufolge erweisen sich alle Aus- und Umwege, die verpflichtende, rechtliche Natur der Staatsverträge, d.h. der wichtigsten Quelle des positiven Völkerrechts, ohne Anrufung naturrechtlicher Grundsätze darzutun, als aussichtslos » (*Ibidem*, p. 111).

<sup>(6)</sup> Per von Listz, cui Mausbach si riferisce, occorre rimanere vincolati al principio *pacta sunt servanda* che costituisce il fondamento costitutivo di ogni diritto — « muß dagegen an der Grundlage aller Rechts bildenden Sätze festgehalten werden » (F. von LISTZ, *Das Völkerrecht*, Berlin, 1913, p. 171).

<sup>(7)</sup> « Dann ist aber offenbar der ganze positivistische Aufbau des Völkerrechts in seiner Grundlage widerlegt » (*op. cit.*, p. 112).

<sup>(8)</sup> *Ibidem*, p. 117.

ufficiale. Liberarsi del vitello d'oro della sovranità — « das golden Kalb der Souveränität » — esorta il filosofo del diritto tedesco Nelson al termine di un impietoso atto di accusa contro il positivismo volontarista <sup>(9)</sup>. La risposta giunge dall'olandese Krabbe che assesta il primo duro colpo alla sovranità. L'idea moderna dello Stato, dice, coincide con il primato del diritto quale unica forma di autorità legittima « which is absolutely opposed to the idea of sovereignty, with its postulate of an authority standing outside the law » <sup>(10)</sup>. In due parole lo Stato sovrano è consegnato alla raccolta dei cimeli d'epoca. Rinnegato il positivismo, restava ancora da inventare un paradigma intorno al quale riscrivere per intero la grammatica del diritto internazionale, dai concetti al progetto normativo. Sarebbe stato il diritto naturale, o altro?

## 2. *Conflitto di paradigmi*

La svolta più originale non doveva giungere dal versante del diritto naturale, che trova comunque sparsi ed eccellenti difensori, bensì da due inedite sponde, destinate a fare lungamente parlare di sé: il normativismo di Kelsen e l'oggettivismo di Scelle. In comune queste dottrine hanno la dissoluzione del concetto di sovranità, che la prima identifica *tout court* con l'ordinamento giuridico, mentre la seconda riduce alla mera nozione di competenza dei governanti. Esse condividono anche la credenza nel primato del diritto internazionale, posto al vertice della piramide di norme che regolano l'agire sociale. Del tutto diverso è invece, come intuibile, il paradigma filosofico e l'itinerario argomentativo: per il primo, il diritto come forma del *sollen*; per il secondo, il principio sociologico della solidarietà e della divisione del lavoro.

Per Kelsen lo Stato non è altro che la personificazione dell'ordinamento giuridico, una metafora della ragione dettata da riflessi psicologici archetipici, mitologici <sup>(11)</sup>. Nella realtà non esiste uno

<sup>(9)</sup> L. NELSON, *Die Rechtswissenschaft ohne Recht*, Leipzig, 1917, p. 231.

<sup>(10)</sup> H. KRABBE, *The Modern Idea of the State* (1919), trad. ingl., The Hague, 1922, p. 10.

<sup>(11)</sup> « The meta-legal state, transcending the law, which is truly nothing else than the hypostatized personification, the unity — postulated as real — of the state, corresponds

Stato-soggetto dotato di volontà, ma solo un organo di produzione ed applicazione del diritto valido nella sfera territoriale statale, un centro d'imputazione di norme. Unico il paradigma delle scienze naturali, che indagano la dimensione dell'essere, altrettanto unico quello della scienza giuridica, che presiede alla dimensione del dover-essere. Dominato da un concetto logico-trascendentale, la *Grundnorm*, il diritto è quindi un sistema unitario, in quanto il monismo, l'unità dell'ordinamento giuridico, è un postulato della ragione necessario per riconoscere in esso la stigmata di una scienza <sup>(12)</sup>. Sennonché il monismo può essere concepito logicamente sia come primato del diritto interno che come primato del diritto internazionale: ma se entrambe le tesi hanno una loro plausibilità, è la seconda a beneficiare della preferenza di Kelsen. « La tendenza soggettivistica congenita alla teoria del primato dell'ordinamento giuridico statale », scrive nel 1920, « porta, dalla sua posizione di base, al rifiuto del diritto internazionale, e da qui alla negazione dell'idea del diritto — per lo meno in questa sfera — e alla affermazione del punto di vista di pura potenza » <sup>(13)</sup>. Che la norma fondamentale sia una pura ipotesi della ragione o un'autentica regola di diritto internazionale (come quella *pacta sunt servanda*) <sup>(14)</sup> è certo comunque che il diritto internazionale prevale su quello statale e si indirizza, immediatamente o più spesso mediatamente, agli stessi individui <sup>(15)</sup>. Tecnica sociale che ricorre all'uso della coercizione, il diritto resta fedele a questa identità in tutti i suoi gradi, incluso il

---

to a hair with the supernatural deity transcending nature, who is nothing else than the grandiose anthropomorphic personification of the unity of nature itself » (H. KELSEN, *The Conception of the State and Social Psychology*, in *The International Journal of Psycho-analysis*, 1924, p. 37).

<sup>(12)</sup> Cfr. A. CARRINO, *L'ordine delle norme. Politica e diritto in Hans Kelsen*, Napoli, 1984, p. 90. Per una ricostruzione analitica dell'evoluzione del pensiero di Kelsen sul diritto internazionale si veda ora la dissertazione di A. RUB, *Hans Kelsens Völkerrechtslehre*, Zürich, 1995.

<sup>(13)</sup> H. KELSEN, *Il problema della sovranità* (1920), trad. it., 1989, p. 464.

<sup>(14)</sup> Su questo aspetto si registra un'evoluzione del pensiero di Kelsen che abbandona il primato della norma *pacta sunt servanda* a favore della tesi della norma ipotetica (cfr. F. RIGAUX, *Hans Kelsen e il diritto internazionale*, in *Ragion Pratica*, 1996, p. 83).

<sup>(15)</sup> « Le droit international a, en règle générale, pour sujets les Etats, c'est-à-dire des individus d'une façon *médiate* — exceptionnellement aussi des individus d'une façon *immédiate*. Il n'est pas contraire à la nature du droit international que ce qui est

supremo, il diritto internazionale. Certo, esso resta un diritto « primitivo », nella misura in cui delega la sanzione (guerra e rappresaglia) alle stesse parti lese; ma pur sempre diritto, quantunque « decentrato » nella sua applicazione. Ma cosa differenzia la guerra-sopraffazione dalla guerra-sanzione giuridica? La sua giustizia, replica Kelsen. La dottrina scolastica della guerra giusta ritrova piena attualità sotto la sua penna — con tutte le difficoltà connesse (16).

Antiformalistico e realista è invece il punto di partenza di Georges Scelle (17) che sviluppa sul terreno del diritto internazionale le intuizioni di Léon Duguit (18). Dall'agire sociale, dominato da una crescente interdipendenza, sorgono spontaneamente regole di comportamento — un vero diritto « obbiettivo » — che il diritto « positivo » trova e dichiara, « traduce », ma non crea. La giuridicità consiste nell'assistere la regola della coazione, sanzione specifica del diritto. Proprio in quanto produzione spontanea dell'agire collettivo, il diritto ha come artefici e destinatari solo e soltanto gli individui, quale che sia la funzione da essi espletata, di governanti o non (19). La personalità statale non esiste in quanto tale. Essa sta piuttosto ad indicare riassuntivamente un fascio di funzioni riconducibili a un gruppo di agenti, e nient'altro. Non vi è alcuna interposizione dello Stato tra il diritto internazionale e gli individui: « Une société internationale, comme une société étatique, est une société d'individus et rien que d'individus » (20). La comunità sovraordinata ingloba in sé la società giuridica sottoposta: « Il n'existe en réalité qu'un vaste système de Droit dont

---

aujourd'hui encore une exception devienne un jour la règle » (H. KELSEN, *Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis*, in R.C., 1932, t. 42, p. 170).

(16) Sottolineate da D. ZOLO, *Hans Kelsen: International Peace through International Law*, in *European Journal of International Law*, 1998, p. 314 e sgg.

(17) A proposito del quale richiamo gli eccellenti articoli di H. Thierry, A. Cassese, L. Condorelli e R.J. Dupuy raccolti nell'*European Journal of International Law* del 1990.

(18) Sul quale si vedano R. BONNARD, *La doctrine de Duguit sur le droit et l'État*, in *Revue internationale de la théorie du droit*, 1926-27, pp. 18-40.

(19) « L'Etat ni aucune collectivité ne peuvent être sujets de droit international; les sociétés internationales sont des collectivités d'individus sujets de droit; les individus seuls sont sujets de droit: d'abord les particuliers qui ont en principe la même capacité juridique en Droit international et en droit interne, puis les agents et les gouvernants dont la compétence internationale est conférée et délimitée par le Droit international » (G. SCELLE, *Précis de droit des gens, première partie*, Paris, 1932, p. 49).

(20) G. SCELLE, *Règles générales du droit de la paix*, in R.C., 1933, t. 46, p. 343.

les stratifications juridiques acquièrent chaque fois plus d'ampleur, à mesure qu'elles se superposent, et conditionnent automatiquement les stratifications juridiques inférieures qu'elles englobent et recouvrent » (21). Poiché il diritto internazionale è quello secreto nella parte terminale del sistema giuridico, esso deve imporsi pertanto ai livelli inferiori, esprimendo un'esigenza più alta di solidarietà. I governanti divengono così automaticamente agenti del diritto internazionale quando sono chiamati ad applicarne le norme. Le loro competenze vengono sdoppiate in funzione di ciò (*loi du doublement fonctionnel*): riflettono questa doppia identità di esecutori del diritto internazionale e di quello interno (22).

Entrambe queste dottrine, che alimentano nutrite e autorevoli scuole, cercano appiglio e conferma nel quadro istituzionale del dopoguerra: le nuove carte costituzionali (23), la Società delle Nazioni (24), il celebre art. 38 dello statuto della Corte permanente di giustizia che introduce la fonte dei « principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili » (25). Tradita dal diritto costituzionale, sfidata dall'organizzazione internazionale, erosa dalla giurisprudenza, la potenza statale sembra perdere terreno di fronte alla ragione del

---

(21) *Ibidem*, p. 353.

(22) « Le Droit international confère aux gouvernants et aux agents des différents États deux ordres de compétences, l'un interne, l'autre international, suivant qu'il est nécessaire de collaborer à la formation de l'ordonnement juridique interne ou à celle de l'ordonnement juridique intersocial » (G. SCHELLE, *La doctrine de Léon Duguit et les fondements du droit des gens*, in *Archives de philosophie du droit et de la sociologie juridique*, 1932, pp. 93-94).

(23) L'art. 4 della Costituzione tedesca del 1919 e l'art. 9 della Costituzione austriaca del 1920 sanciscono che « le regole generalmente riconosciute del diritto internazionale valgono come parte integrante del diritto federale ».

(24) Significativo questo articolo proposto alla sessione dell'*Institut* del 1931 dal giusnaturalista Le Fur: « Est de la compétence exclusive de la Société des Nations tout ce qui est affaire propre de la communauté internationale et tout ce qui touche à la solution des conflits qui n'ont pu être réglés par voie de négociations directe ou un autre mode pacifique » (*Annuaire de l'Institut de Droit International — Session de Cambridge — Juillet 1931*, v. I, p. 56).

(25) Emblematico del rilievo attribuito ai « principi », il rapporto di Verdross e la sua discussione alla sessione dell'*Institut* di Oslo nel 1932 (*Annuaire de l'Institut de Droit International — Session d'Oslo, — Août 1932*, p. 283 e sgg.). Per un'analitica e densa ricostruzione della questione, si veda F. SALERNO, *Principi generali di diritto (diritto internazionale)*, in *Digesto*, IV Edizione, vol. XI Pubblicistico, pp. 524-558.

diritto. In conflitto tra loro, i nuovi paradigmi trovano una coesa unità nella guerra alla sovranità. « Le concept de souveraineté » — si dichiara con intransigenza — « doit être purement et simplement éliminé du domaine du droit des gens » (26). Che si parli pure ancora di sovranità, concede Verdross, a condizione però di intendere con essa non la « puissance suprême », bensì solo « l'expression de la compétence conférée directement par le droit des gens » (27).

Basta tuttavia attendere un decennio per assistere all'immane ritorno di fiamma della rivale di sempre. Già agli inizi degli anni Trenta una dottrina tedesca dai toni aggressivi intraprende una campagna di riabilitazione della sovranità all'insegna di un volontarismo come non mai insofferente di labili *Rules of Law* internazionali (28). La potenza statale ritrova piena legittimità sotto forma di un'aperta rivendicazione del diritto fondamentale al mutamento dello *status quo* e di esaltazione del primato del politico sul giuridico nelle relazioni internazionali.

Nel 1939 il freddo commento di Edward Carr scolpiva l'epitafio di un'epoca di speranze che si chiudeva tragicamente: « Respect for law and treaties will be maintained only in so far as the law recognises effective political machinery through which it can itself be modified and superseded. There must be a clear recognition of that play of political forces which is antecedent to all law » (29).

---

(26) J. MORELLET, *Le principe de la souveraineté de l'État et le droit international public*, in R.G.D.I.P., 1926, p. 117.

(27) A. VERDROSS, *Le fondement du droit international*, in R.C., 1927, t. 16, p. 314.

(28) Tipico manifesto della riscossa del positivismo l'articolo di Carl Bilfinger, *Betrachtungen über politisches Recht. Ein Beitrag zum Völkerrecht, Staatsrecht und Verwaltungsrecht*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1929, pp. 57-76. Per un esame complessivo del dibattito dottrinale si veda A. TRUYOL, *Doctrines contemporaines du droit des gens*, in R.G.D.I.P., 1951, p. 23 e sgg. e ora le documentate ricostruzioni della scienza giuridica tedesca di M. FRIEDRICH, *Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, Berlin, 1997, p. 320 e sgg., nonché, da ultimo, con particolare riguardo al diritto internazionale, di M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, München, 1999, t. III, *Staats- und Verwaltungswissenschaft in Republik und Diktatur, 1914-1945*, p. 171 e sgg.

(29) « Peaceful change can only be achieved through a compromise between the utopian conception of a common feeling of right and the realist conception of a mechanical adjustment to a changed equilibrium of forces » (E.H. CARR, *The Twenty Years' Crisis, 1919-1939*, (1939), New York, 1966, pp. 192 e 223).





## INDICE SOMMARIO

Introduzione . . . . .	1
Abbreviazioni . . . . .	9

### CAPITOLO PRIMO

#### LE VIE DELLA PACE. . . . . 11

1. Un sapere in cerca di legittimità . . . . .	13
1.1. Il declino del giusnaturalismo . . . . .	13
1.2. L'« Internazionale » dei professori . . . . .	23
2. La costruzione scientifica della disciplina . . . . .	28
2.1. Lo Stato sopra il diritto, o il verdetto di Hegel e Austin . . . . .	28
2.2. La scommessa del positivismo . . . . .	37
2.3. Sincretismo anglosassone . . . . .	61
3. La dogmatica militante . . . . .	73
3.1. Un diritto per il liberalismo, o la profezia di Bentham e Kant . . . . .	73
3.2. Luci e ombre dell'arbitrato . . . . .	78
3.3. La scoperta della cooperazione . . . . .	94
3.4. Colonialismo e civiltà . . . . .	103
4. Pensiero giuridico e grande diplomazia . . . . .	120
4.1. Metamorfofi dell'intervento . . . . .	120
4.2. Dottrina Monroe. . . . .	125
4.3. Il tramonto del Concerto europeo . . . . .	129

### CAPITOLO SECONDO

#### IL PROBLEMA DELLA GUERRA . . . . . 141

1. Dallo <i>Ius ad bellum</i> allo <i>Ius in bello</i> : la 'laicizzazione' della guerra. . . . .	145
2. Tra Washington e Ginevra: gli esordi della codificazione. . . . .	149
3. « <i>Kriegsräson geht vor Kriegsmanier</i> »: i limiti alla legge di guerra . . . . .	158
4. L'occupazione bellica: alla ricerca dell'equilibrio . . . . .	165
5. Ideologia e utopia: la crociata del liberalismo sull'immunità della proprietà privata nemica in guerra. . . . .	167
5.1. Sul fronte terrestre. . . . .	169
5.2. Nelle operazioni navali . . . . .	174

6.	I promettenti anni Settanta: la riscossa della scienza giuridica . . . . .	177
6.1.	Il dibattito all' <i>Institut de droit international</i> . . . . .	180
6.2.	La parola agli ammiragli. . . . .	183
7.	La pace attraverso la guerra? Il diritto bellico alle Conferenze dell'Aja e di Londra (1899, 1907, 1909) . . . . .	187
8.	Il bilancio di un'epoca. . . . .	195

## CAPITOLO TERZO

## VICISSITUDINI DELLA NEUTRALITÀ . . . . . 199

1.	I doveri degli Stati neutrali: a proposito del « caso Alabama » . . . . .	201
2.	I vincoli al commercio neutrale: antefatti, temi e precursori della controversia ottocentesca . . . . .	206
3.	La disputa sulla neutralità dal Congresso di Vienna alla svolta del 1856. . . . .	226
4.	Il monito della Guerra civile americana . . . . .	234
5.	Gli sforzi della dottrina per giungere a un consenso . . . . .	239
6.	Tempi duri per la neutralità: l'involuzione di fine secolo . . . . .	244
7.	Le Conferenze dell'Aja (1907) e di Londra (1909): si riaccende la speranza . . . . .	246
8.	L'ora del disincanto . . . . .	254

## EPILOGO . . . . . 261

1.	La sovranità contestata . . . . .	261
2.	Conflitto di paradigmi. . . . .	263

Indice degli autori . . . . .	269
-------------------------------	-----

## INDICE DEGLI AUTORI

- ADAMS, Ch. F.: 79  
AGO, R.: 55, 59, 60  
ALEXANDROVICZ, C. H.: 56, 104, 108  
ANDREWS, J. A.: 108  
ANGELL, N.: 77  
ANZILOTTI, D.: 6, 33, 48, 52, 53, 59  
AQUARONE, A.: 125  
ARENDT, L.: 220  
ARIGA, N.: 158  
ARNTZ, E.: 124, 240  
ARON, R.: 144  
ASSER, T. M.: 24, 25  
ATLAY, J. B.: 164  
AUSTIN, J.: 28, 29, 61, 62  
AZUNI, D. A.: 210, 214  
BANCROFT, G.: 81  
BAR, L. VON: 118, 126, 138  
BASDEVANT, J.: 128  
BATY, Th.: 235, 245, 256  
BAXTER, J. P.: 238  
BEAUMARCHAIS, M. DE: 127  
BEDERMAN, D. J.: 33  
BEER POORTUGAEL, J. den: 240  
BELISSA, M.: 12, 147  
BENTHAM, J.: 61, 74, 103  
BENTWICH, N.: 186, 187, 255  
BERGBOHM, C.: 13, 41, 46, 51, 208  
BERGSON, J.: 217  
BERNARD, M.: 79, 181, 182, 203, 236, 239  
BERNATH, S. L.: 235, 238  
BESELER, G. von: 70  
BEST, G.: 162, 193  
BETHELL, L.: 97  
BILFINGER, C.: 46, 267  
BINDING, K.: 47, 70  
BISMARCK, O. von: 33, 112, 126  
BLACKSTONE, W.: 65  
BLUNTSCHLI, J.-K.: 24, 25, 48, 70, 81, 143, 151, 152, 153, 159, 160, 168, 179, 194, 202, 240  
BOECK, CH. DE: 178  
BONFILS, H.: 51, 115, 156, 157, 163, 170  
BONNARD, R.: 265  
BORSI, U.: 102, 103  
BOURGUIGNON, H. J.: 66, 212, 219, 225  
BOWRING, J.: 74  
BRUNS, V.: 46  
BULMERINCO, A.: 13, 14, 24, 27, 49, 180, 181, 239, 240, 241  
BURKE, E.: 61  
BUß, R.: 143  
BUZZATI, G. C.: 46  
BYNKERSHOEK, C. van: 200, 201, 213  
CAMPBELL, A. E.: 84  
CARNAHAN, B. M.: 158  
CARNAZZA AMARI, G.: 243  
CARNEGIE, A.: 90  
CARR, E. H.: 3, 267  
CARRINO, A.: 264  
CARTY, A.: 6  
CASSESE, A.: 265  
CASTELREAGH, H. R. LORD: 96  
CASTRUCCI, E.: 37  
CATELLANI, E. L.: 94, 95, 107, 108, 114, 118, 133  
CATERINA DI RUSSIA: 208  
CATHREIN, V.: 261  
CAVAGLIERI, A.: 35, 48, 54, 55, 58, 137, 251  
CEADEL, M.: 142  
CIALDEA, B.: 213, 222  
COLOMBOS, C. J.: 226  
CLARENDON, G. W. F. Villiers, lord: 233

- CLARK, I.: 15, 120, 121  
 CLAUSEWITZ, K. VON: 141, 144, 160, 161  
 CLAVERO, B.: 104  
 CLEVELAND, G.: 125, 126  
 COBBETT, P.: 34, 67, 68, 69, 96, 149, 168, 169, 175, 225, 233  
 COBDEN, R.: 142, 168, 233  
 COCCEJO, S.: 146  
 COCKBURN, A.: 79  
 COHEN, A.: 255, 256  
 COMANDUCCI, P.: 146  
 COMSTOCK, G. F.: 66  
 CONDORELLI, L.: 265  
 CONETTI, G.: 99  
 CONSTANT, B.: 142  
 CONTUZZI, F.: 108  
 COOGAN, J. W.: 184, 190, 247, 252, 259, 260  
 COOK, A.: 80  
 COOPER, S. E.: 75, 89  
 CORY, H. M.: 87  
 CROKE, A.: 220  
 CROWE, S. E.: 114, 119  
 CUSSY, F. de: 230  
 D'ARAÚJO, M. A.: 79  
 DAHLMANN, F. Chr.: 66  
 DARBY, E.: 93  
 DAVIS, DEARMOND C.: 89, 127, 189, 252  
 DEAK, F.: 68, 200  
 DECENCIÈRE-FERRANDIÈRE, A.: 114  
 DEHERPE, L.: 117  
 DERBY, E.G.S. Stanley, lord: 233  
 DESCAMPS, E.: 131  
 DESJARDINS, A.: 128  
 DESPAGNET, F.: 110, 111  
 DHOKALIA, R. P.: 27  
 DICKINSON, E. de Witt: 49, 50, 71, 72, 132,  
 DIENA, G.: 59, 245, 246  
 DOCKRILL, M.: 81  
 DONATI, D.: 102, 103  
 DUBOC, E.: 173  
 DUDLEY FIELD, D.: 50  
 DUGUIT, L.: 265  
 DÜLFFER, J.: 139  
 DUMAS, J.: 168  
 DUNANT, J.-H.: 153  
 DUPUIS, Ch.: 130, 148, 174, 185, 255  
 DUPUY, R. J.: 265  
 DUVERDY, Ch.: 230  
 EHRlich, E.: 93  
 EINICKE, P.: 257  
 ELLIOTT, Ch.: 242  
 ENGELHARDT, Ed.: 118, 119  
 FAUCHILLE, P.: 51, 156, 157, 158, 163, 170, 208, 243  
 FEDOZZI, P.: 110, 115  
 FERAUD-GIRAUD, L.: 84  
 FERRAIOLI, L.: 2  
 FERRY, J.: 245  
 FIORE, P.: 21, 22, 53, 109, 115, 125  
 FISH, H.: 81  
 FREIDEL, F.: 150  
 FRICKER, C. V.: 31, 35, 36  
 FRIED, A. H.: 23, 135  
 FRIEDRICH, M.: 267  
 FRIEDMAN, L.: 153  
 GAGERN, H. C. E. von: 18, 19  
 GAJA, G.: 52  
 GALIANI, F.: 210, 213  
 GARDINER, A. G.: 204  
 GARIBALDI, G.: 151  
 GARNER, J. W.: 197, 198, 258, 259  
 GEFFCKEN, F. H.: 18, 217, 243  
 GENY, F.: 93  
 GESSNER, L.: 202, 239, 240, 241  
 GIBSON BOWLES, Th.: 244, 257  
 GIERKE, O.: 36, 56, 57, 251  
 GIORDANA T.: 185, 186  
 GLADSTONE, W. E.: 78  
 GODEFROY, Ch.: 88  
 GONG, G. W.: 104  
 GRABER, D. A.: 165, 170  
 GRASSETTI, C.: 72  
 GREWE, W. G.: 7  
 GROZIO, H.: 18, 19, 56, 145, 165, 200, 211  
 HAGGENMACHER, P.: 145, 146  
 HALL, W. E.: 64, 164, 167, 194, 203, 204, 241  
 HALLECK, H. W.: 64, 66, 149, 164  
 HALPÉRIN, J.-L.: 94

- HAMILTON, C. L.: 234  
 HANKEY, M.: 248  
 HARCOURT W.: 204, 229, 230, 234  
 HARRIS, J.: 208  
 HARTIGAN, R. S.: 151  
 HARTZFELD: 93  
 HAUTEFEUILLE, F. B.: 180, 185, 227, 228, 229, 230, 237, 243  
 HEERE, W. P.: 209, 215, 216, 222, 225, 247  
 HEFFTER, A. G.: 17, 122, 123, 216, 217  
 HEGEL, G. F. W.: 2, 12, 28, 29, 33, 35  
 HEILBORN, P.: 32, 48, 51, 52, 55, 101, 108, 109, 110, 111  
 HERMAN, S. R.: 77  
 HIGGINS, A. P.: 64, 186, 249, 253  
 HOHENZOLLERN, FEDERICO II DI: 147, 207  
 HOHENZOLLERN, GUGLIELMO I DI: 143  
 HOLBRAAD, C.: 133  
 HOLD VON FERNECK, A.: 195  
 HOLLAND, TH. E.: 5, 61, 62, 69, 116, 241, 244, 255  
 HOLTZENDORFF, F. VON: 22, 23, 48, 49, 50, 160  
 HÖRNING, J.: 107, 119, 156  
 HUBER, M.: 56, 57, 58, 77, 78, 137, 138  
 HÜBNER, M.: 226, 228  
 HULL, W. I.: 86, 89, 129  
 HUME, D.: 61  
 HUNTINGTON, S. P.: 2  
 HURRELL, A.: 15  
 JELLINEK, G.: 42, 43, 44, 46, 55  
 JESSUP, Ph. C.: 200, 259  
 JÈZE, G.: 113, 116  
 JHERING, R. von: 70  
 JOHNSON, J. T.: 145  
 JOUANNET, E.: 16  
 KAHN, F.: 94  
 KALTENBORN, K.: 18, 19, 20, 21  
 KAMPZ, K. VON: 19  
 KANT, I.: 2, 73, 77, 142  
 KAUFMANN, E.: 35, 36, 47, 48  
 KAUFMANN, W.: 39, 40  
 KAZANSKY, P.: 100, 101  
 KELSEN, H.: 2, 6, 38, 52, 263, 264  
 KENT, J.: 66  
 KIRGIS, F. L.: 25  
 KLEEN, R.: 242, 245  
 KLÜBER, J.-L.: 50, 160  
 KOOIJMANS, P. H.: 133, 137  
 KORMAN, S.: 165  
 KOSELLECK, R.: 146  
 KOSKENNIEMI, M.: 7  
 KOSTERS, J.: 16  
 KRABBE, H.: 263  
 KRAUS, H.: 129  
 KROPOTKIN, P. A.: 106  
 KUEHL, W. F.: 89  
 KULSRUD, C. J.: 208  
 LA PRADELLE, A. de: 17, 80  
 LA TORRE, M.: 42, 44  
 LABAND, P.: 33  
 LADEMACHER, H.: 131  
 LAFEBER, W.: 91, 126  
 LAFERRIÈRE, J.: 128  
 LAINÉ, A.: 94, 95  
 LAMMASCH, H.: 28, 92  
 LAMPREDI, G. M.: 146, 210, 212, 215  
 LANGHORNE, R.: 81  
 LARDY, C.: 143  
 LASSON, A.: 29-31  
 LATIFI, A.: 186  
 LAUTERPACHT, H.: 6, 60, 61, 72  
 LAVELEYE, E. de: 26, 75, 113, 177, 180, 181, 182, 183  
 LAWRENCE, T. J.: 133, 201  
 LAWRENCE, W. B.: 79  
 LE FUR, L. E.: 266  
 LE GUELLAFF, F.: 175, 224  
 LEHNER, F.: 81  
 LEIBNITZ, G. W.: 14  
 LEJBOWICZ, A.: 7  
 LÉO, A.: 105  
 LEVI, L.: 94  
 LIEBER, F.: 24, 25, 149, 150, 151, 152, 156, 159  
 LINCOLN, A.: 26, 150, 159  
 LINDLEY, M. F.: 118  
 LINGENS, K. H.: 80  
 LISTZ, F. VON: 250, 262  
 LIVEZEY, W. E.: 184

- LOCKE, J.: 147  
 LODER, B. C. I.: 167  
 LODGE, H. C.: 128  
 LORIMER, J.: 66, 105, 134, 182  
 LOUTER, J. de: 1  
 LUEDER, K.: 160-163, 173  
 LUSHINGTON, S.: 179  
 MABLY, G. Bonnot de: 147  
 MACDONNELL, J.: 256  
 MADARIAGA, I. DE: 208  
 MADISON, J.: 210  
 MAHAN, A. T.: 12, 184, 186, 189, 244  
 MAINE, H. S.: 62, 64  
 MANCINI, P. S.: 22, 24, 25, 76  
 MANNING, O.: 61  
 MARCOARTU, A. de: 75  
 MARLBOROUGH, J. CHURCHILL DUCA DI: 147  
 MARSCHALL VON BIEBERSTEIN, A.: 88, 89  
 MARTENS, Ch. de: 207  
 MARTENS, F.: 27, 85, 105, 107, 148, 168, 195, 240  
 MARTENS, G. F.: 16, 113  
 MARTITZ: 118  
 MASSÉ, G.: 230  
 MAUSBACH, J.: 262  
 MAZZINI, G.: 12  
 MCKINLEY, W.: 184  
 MCKERCHER, B.: 81  
 MECHAM, J. L.: 91  
 MÉRIGNHAC, A.: 83, 196  
 MERLIN, Ph. A.: 215  
 MOHL, R. VON: 26, 97, 98  
 MOLHUYSEN, P. C.: 165, 200  
 MOLTKE, H. K. B. VON: 158, 159  
 MONROE, J.: 125-129  
 MONTESQUIEU: 147  
 MONTLUC, L. de: 256  
 MONTI, G. M.: 213  
 MOORE, J. B.: 127  
 MOOTHAM, O. H.: 218  
 MORELLET, J.: 267  
 MORGAN, L.: 106  
 MOSER, J.: 16  
 MOSSNER, J. M.: 108  
 MOYE, M.: 127  
 MOYNIER, G.: 113, 156, 173  
 MURRAY BUTLER, N.: 77  
 MYERS, D. P.: 134  
 NAPOLEONE I: 210, 223, 224, 226  
 NAPOLEONE III: 177  
 NELSON, L.: 263  
 NELSON, H.: 244  
 NEUMANN, I. B.: 15  
 NEUMEYER, K.: 100, 103  
 NIEBUHR, B. G.: 26  
 NIPPOLD, O.: 23, 44, 46, 107, 108, 135, 136  
 NOBLE GREGORY, C.: 256  
 NYS, E.: 66, 106, 131, 133  
 O'CONNELL, D.: 56  
 OFFER, A.: 248, 258  
 OFFERHAUS, J. P. S.: 209, 215, 216, 222, 225, 247  
 OMPEDA, D. VON: 19  
 ONUF, N. G.: 73, 210  
 ONUF, P.: 210  
 OPPENHEIM, L.: 70, 71, 110, 116, 117, 124, 131, 143, 164, 168, 169  
 ORTOLAN, T.: 230, 231  
 ORVIK, N.: 260  
 OTTOLENGHI, G.: 205  
 PADELLETTI, G.: 23  
 PALMER, R.: 203  
 PALMERSTON, H. J. TEMPLE, LORD: 176  
 PANEBIANCO, A.: 2  
 PARADISI, B.: 6  
 PARES, R.: 218  
 PARRY, C.: 87, 204  
 PARSİ, V. E.: 2  
 PATERNOSTRO: 104, 105  
 PATTERSON, D. S.: 89  
 PAUNCEFOTE, J.: 83  
 PERELS, F.: 220, 240, 241, 243  
 PERKINS, D.: 126  
 PHILLIMORE, R.: 64, 179, 180, 238  
 PHILLIMORE, W.: 256  
 PHILLIPS, W. A.: 210  
 PICCIOTTO, C. M.: 71  
 PIERANTONI, A.: 26, 180  
 PIGGOTT, F.: 175

- PILLET, A.: 53, 54, 105, 110, 153, 157, 162, 163, 170, 171, 193, 206, 211  
 PISTOYE A. DE: 230  
 POLANYI, K.: 196  
 POLITIS, N.: 80, 86, 144  
 PORTALIS, J.-E.-M.: 225  
 PRADIER-FODÉRÉ, P.: 18, 123  
 PREISER, W.: 7  
 PROUDHON, P.-J.: 11  
 PUCHTA, G. F.: 63, 66  
 RAEBURN WHITE, TH.: 251  
 RAPISARDI-MIRABELLI, A.: 102  
 REALE, E.: 79  
 REDDIE, J.: 63, 231  
 REEDE, A. H.: 210  
 REINSCH, P. S.: 93, 100, 112, 132  
 RENAULT, L.: 28, 82, 89, 101, 134, 154, 156, 250  
 REUTER, P.: 85  
 RIGAUX, F.: 264  
 RITCHESON, CH. R.: 215  
 RIVIER, A.: 49, 105, 106, 125, 130, 131, 162, 167, 170  
 ROLIN, A.: 240  
 ROLIN-JAEQUEMYS, E.: 163  
 ROLIN-JAEQUEMYS, G.: 24, 25, 82, 124, 134  
 RONZITTI, N.: 6  
 ROOSEVELT, T.: 126, 190  
 ROOT, E.: 77, 129  
 ROSSI, P.: 13  
 ROUGIER, A.: 123, 125  
 ROULIN, A.: 142  
 ROUSSEAU, J.-J.: 142, 143, 150, 169, 186  
 RUB, A.: 264  
 RUSCONI, G. E.: 130  
 RUSSEL, J. lord: 237, 238  
 RUTHEFORTH, T.: 65  
 SALERNO, F.: 266  
 SANTORO, C. M.: 144  
 SAVIGNY, F. C. von: 13, 26, 62, 63, 64, 94  
 SCALLE, G.: 6, 263, 265, 266  
 SHERMAN, W. T.: 158  
 SCHILLER, F.: 146  
 SCHINDLER, D.: 81  
 SCHLEGEL, J. F. W.: 210, 219  
 SCHLIEFFEN, A. von: 130  
 SCHMIDT, B.: 35  
 SCHMITT, C.: 147  
 SCHÜCKING, W.: 23, 92, 136  
 SCLOPIS, F.: 79, 180  
 SCOTT, J. B.: 28, 67, 85, 88, 91, 120, 127, 190, 195, 235, 236  
 STOWELL, W. SCOTT, LORD: 67, 95, 97, 108, 212, 216, 225, 236, 241  
 SEMMEL, B.: 96, 176, 232, 233, 234, 257  
 SEMMES, R.: 78  
 SERENI, A. P.: 59  
 SHEEHAN, M.: 121  
 SMITH, H. A.: 117  
 SNOW, A. H.: 119  
 SOULSBY, H. G.: 97  
 STÄMPFLI, J.: 79  
 STEIGER, H.: 7  
 STEIN, L. von: 97-99, 171-173  
 STENGEL, K. von: 135, 136  
 STIER-SOMLO, F.: 48  
 STOLLEIS, M.: 42, 267  
 STORY, J.: 67, 94  
 STOWELL, E. C.: 122, 125, 219  
 STRISOWER, L.: 163  
 STUART MILL, J.: 233  
 SUAREZ, F.: 145  
 TAYLOR, T.: 153  
 THIBAudeau, A. C.: 224  
 THIERRY, H.: 265  
 TILLY, J. T'SERCLAES, CONTE DI: 200  
 TOCQUEVILLE, A.: 96  
 TOMMASO D'AQUINO: 145  
 TREITSCHEKE, H. von: 12  
 TRENDELENBURG, A.: 66, 76  
 TRIEPEL, H.: 1, 40, 41, 46-48, 52, 163  
 TRIONE, P.: 110, 117  
 TRUYOL, A.: 267  
 TURLINGTON, E.: 197, 259  
 TWISS, T.: 64, 113, 171, 181, 216, 235, 239, 240  
 URQUHART, D.: 238  
 VALIN, R.-J.: 214  
 VASQUEZ, J. A.: 3

- VATTEL, E. de: 14, 15, 16, 17, 143, 146, 147  
VERDROSS, A.: 6, 38, 266, 267  
VEROSTA, S.: 121  
VERZIJL, J. H. W.: 7, 204, 209, 215, 216, 222, 225, 247  
VIDARI, E.: 178, 180  
VISMARA, G.: 207  
VITORIA, F. de: 2, 145  
VOLLENHOVEN, C. van: 165, 200  
WALKER, Th. A.: 62, 63, 205  
WALKER, W. L.: 62  
WALTZ, K. N.: 12  
WALZER, M.: 2  
WARD, R.: 62, 209, 210  
WARREN, G. H.: 237  
WEHBERG, H.: 85, 86, 92, 132, 157  
WELLINGTON, A. DUCA DI: 97  
WESSELING, H.: 112  
WESTLAKE, J.: 24, 25, 26, 64, 69, 70, 116, 133, 141, 156, 180, 181, 182, 186, 241  
WHEATON, H.: 13, 16, 17, 97, 107  
WHITE, G. E.: 67  
WILLOUGHBY, W. W.: 68, 69  
WINDSCHEID, B.: 52  
WINFIELD, P. H.: 122  
WOLFF, Ch.: 14, 15, 16, 17, 145  
WOOLSEY, T. D.: 79, 180  
WRIGHT, Q.: 71, 72  
WUNDT, W.: 70  
ZIEGLER, K.-H.: 7  
ZOLO, D.: 2, 265  
ZORN, A.: 196  
ZORN, PH.: 27, 32, 33, 38, 43, 46, 85, 254





# UNIVERSITÀ DI FIRENZE

CENTRO DI STUDI  
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

## PUBBLICAZIONI

### QUADERNI FIORENTINI

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

- Vol. 1 (1972), 8°, p. 486  
Vol. 2 (1973), 8°, p. 798  
Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041  
Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140  
Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648  
Vol. 8 (1979), 8°, p. 564  
Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590  
Vol. 10 (1981), 8°, p. 584  
Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8°, p. 1200  
Vol. 13 (1984), 8°, p. 782  
Vol. 14 (1985), 8°, p. 646  
Vol. 15 (1986), 8°, p. 748  
Vol. 16 (1987) - Riviste giuridiche italiane (1865-1945), 8°, p. 718  
Vol. 17 (1988), 8°, p. 640  
Vol. 18 (1989), 8°, p. 744  
Vol. 19 (1990), 8°, p. 736  
Vol. 20 (1991) - François Gény e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 588  
Vol. 21 (1992), 8°, p. 750  
Vol. 22 (1993) - Per Federico Cammeo, 8°, p. 706  
Vol. 23 (1994), 8°, p. 554  
Vol. 24 (1995), 8°, p. 620  
Vol. 25 (1996), 8°, p. 810  
Vol. 26 (1997), 8°, p. 744  
Vol. 27 (1998), 8°, p. 590  
Vol. 28 (1999) - Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica, due tomi in 8°, p. 1180  
Vol. 29 (2000), 8°, p. 578  
Vol. 30 (2001), due tomi in 8°, p. 988  
Vol. 31 (2002) - L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive, due tomi in 8°, p. 950  
Vol. 32 (2003), 8°, p. 796  
Vol. 33-34 (2004-2005) - L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1408  
Vol. 35 (2006), due tomi in 8°, p. 1120  
Vol. 36 (2007), due tomi in 8°, p. 1562  
Vol. 37 (2008), 8°, p. 744

### BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

- 1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO  
Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972  
Atti, a cura di Paolo Grossi  
(1973), 8°, p. 484

- 2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS  
Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna  
(1974), 8°, p. 399
- 3 Pietro Costa, IL PROGETTO GIURIDICO  
Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico  
Vol. I: Da Hobbes a Bentham  
(1974), 8°, p. XIII-414
- 4 Mario Sbriccoli, ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO  
GIURIDICO ITALIANO  
(1976), 8°, p. 169
- 5 Paolo Grossi, « UN ALTRO MODO DI POSSEDERE »  
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria  
(1977), 8°, p. 392
- 6/7 Franz Wieacker, STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO  
con particolare riguardo alla Germania  
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco  
Vol. I (1980), 8°, p. 560  
Vol. II (1980), 8°, p. 429
- 8 Maurizio Fioravanti, GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTO-  
CENTO TEDESCO  
(1979), 8°, p. 432
- 9 Peter Stein-John Shand, I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDEN-  
TALE  
Trad. di Alessandra Maccioni  
(1981), 8°, p. 465
- 10 Gioele Solari, SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO  
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)  
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari  
(1980), 8°, p. 259
- 11/12 CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO  
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher  
(1981), 8°, p. 1527
- 13 LA « CULTURA » DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE  
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983  
A cura di Paolo Grossi  
(1984), 8°, p. VI-198
- 14 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO  
LAICO  
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio  
(1983), 8°, p. VIII-124
- 15 Emanuele Castrucci, TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »  
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann  
(1984), 8°, p. XIV-202
- 16 Pietro Barcellona, I SOGGETTI E LE NORME  
(1984), 8°, p. IV-204
- 17 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS  
I. Genesis del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette  
(1984), 8°, p. XII-638

- 18 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI  
I. Il progetto costituzionale  
(1984), 8°, p. XII-656
- 19 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS  
II. Dal sistema alla teoria generale  
(1985), 8°, p. XII-416
- 20 Bernardo Sordi, GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE  
La formazione della nozione di interesse legittimo  
(1985), 8°, p. 483
- 21 Pietro Costa, LO STATO IMMAGINARIO  
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento  
(1986), 8°, p. IV-476
- 22 STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO  
Arti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985  
A cura di Paolo Grossi  
(1986), 8°, p. VIII-466
- 23 Paolo Grossi, STILE FIORENTINO  
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950  
(1986), 8°, p. XV-230
- 24 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI  
II. La scoperta del diritto amministrativo  
(1987), 8°, p. VIII-254
- 25 Bernardo Sordi, TRA WEIMAR E VIENNA  
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra  
(1987), 8°, p. 378
- 26 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO  
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat  
(1987), 8°, p. VIII-88
- 27 Paolo Grossi, « LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO »  
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896  
(1988), 8°, p. IX-206
- 28 LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA  
Arti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987  
A cura di Paolo Grossi  
(1988), 8°, p. VI-87
- 29 LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES  
A cura di André-Jean Arnaud  
(1988), 8°, p. IV-144
- 30 Adam Smith, LEZIONI DI GLASGOW  
Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli  
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani  
(1989), 8°, p. CXXVIII-766
- 31 Thilo Ramm, PER UNA STORIA DELLA COSTITUZIONE DEL LAVORO TEDESCA  
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro  
(1989), 8°, p. 195

- 32 PIERO CALAMANDREI - Ventidue saggi su un grande maestro  
A cura di Paolo Barile  
(1990), 8°, p. 556
- 33 IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI  
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi  
(1990), 8°, p. 644
- 34/35 HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES  
Atti dell'incontro di studio - Firenze/Lucca 25, 26, 27 maggio 1989  
A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente  
Tomo I (1990), 8°, p. VI-530  
Tomo II (1990), 8°, p. IV-531-1036
- 36 Osvaldo Cavallar, FRANCESCO GUICCIARDINI GIURISTA  
I ricordi degli onorari  
(1991), 8°, p. XXII-396
- 37 Bernardo Sordi, L'AMMINISTRAZIONE ILLUMINATA  
Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopoldina  
(1991), 8°, p. 424
- 38 Franco Cipriani, STORIE DI PROCESSUALISTI E DI OLIGARCHI  
La Procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)  
(1991), 8°, p. X-536
- 39 Bartolomé Clavero, ANTIDORA  
Antropología católica de la economía moderna  
(1991), 8°, p. VI-259
- 40 Giovanni Cazzetta, RESPONSABILITÀ AQUILIANA E FRAMMENTAZIONE  
DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO (1865-1914)  
(1991), 8°, p. IV-564
- 41 Paolo Grossi, IL DOMINIO E LE COSE  
Percezioni medievali e moderne dei diritti reali  
(1992), 8°, p. 755
- 42 L'INSEGNAMENTO DELLA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO  
Strumenti, destinatari, prospettive  
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 6-7 novembre 1992  
A cura di Paolo Grossi  
(1993), 8°, p. VIII-440
- 43 PERIODICI GIURIDICI ITALIANI (1850-1900) - Repertorio  
A cura di Carlo Mansuino  
(1994), 8°, p. XIV-368
- 44 Stefano Mannori, UNE ET INDIVISIBLE  
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - I  
(1994), 8°, p. XXII-603
- 45 Luca Mannori, IL SOVRANO TUTORE  
Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)  
(1994), 8°, p. VIII-486
- 46 Stefano Mannori, UNE ET INDIVISIBLE  
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - II  
(1996), 8°, p. XVI-448

- 47 Bartolomé Clavero, TOMÁS Y VALIENTE  
Una biografia intellettuale  
(1996), 8°, p. XXXVI-374
- 48 Costantino Mortati, L'ORDINAMENTO DEL GOVERNO NEL NUOVO DIRITTO PUBBLICO ITALIANO  
Ristampa inalterata, con una prefazione di Enzo Cheli  
(2000), 8°, p. X-234
- 49 Costantino Mortati, LA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE  
Ristampa inalterata, con una premessa di Gustavo Zagrebelsky  
(1998), 8°, p. XXXVIII-212
- 50 GIURISTI E LEGISLATORI  
Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto  
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-28 settembre 1996  
A cura di Paolo Grossi  
(1997), 8°, p. VIII-530
- 51 Pio Caroni, SAGGI SULLA STORIA DELLA CODIFICAZIONE  
(1998), 8°, p. XX-270
- 52 Paolo Grossi, ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PRIVATO  
(1998), 8°, p. X-474
- 53 Giovanni Cazzetta, PRÆSUMITUR SEDUCTA  
Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna  
(1999), 8°, p. IV-426
- 54 Stefano Mannoni, POTENZA E RAGIONE  
La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)  
(1999), 8°, p. IV-276
- 55/56 Sergio Caruso, LA MIGLIOR LEGGE DEL REGNO  
Consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di John Selden  
(1584-1654)  
Tomo I (2001), 8°, p. IV-432  
Tomo II (2001), 8°, p. IV-433-1024
- 57 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO  
III. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf  
(2001), 8°, p. VIII-106
- 58/59 Maurizio Fioravanti, LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO  
Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento  
Tomo I (2001), 8°, p. XXII-572  
Tomo II (2001), 8°, p. IV-573-918
- 60 Raffaele Volante, IL SISTEMA CONTRATTUALE DEL DIRITTO COMUNE CLASSICO  
Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani  
(2001), 8°, p. IV-502
- 61 CODICI  
Una riflessione di fine millennio  
Atti dell'incontro di studio - Firenze, 26-28 ottobre 2000  
A cura di Paolo Cappellini e Bernardo Sordi  
(2002), 8°, p. VIII-604

- 62 Pietro Costa, IURISDICTIONE  
Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)  
Ristampa  
(2002), 8°, p. XCVI-412
- 63 Mario Piccinini, TRA LEGGE E CONTRATTO  
Una lettura di *Ancient Law* di Henry S. Maine  
(2003), 8°, p. XVI-286
- 64 Arturo Carlo Jemolo, LETTERE A MARIO FALCO  
Tomo I (1910-1927)  
A cura di Maria Vismara Missiroli  
(2005), 8°, p. XVIII-592
- 65 Ferdinando Mazzarella, NEL SEGNO DEI TEMPI  
Marchi persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale  
(2005), 8°, p. 530
- 66 Michele Pifferi, *GENERALIA DELICTORUM*  
Il *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto penale  
(2006), 8°, p. 468
- 67 Maria Rosa Di Simone, PERCORSI DEL DIRITTO TRA AUSTRIA E ITALIA  
(SECOLI XVII-XX)  
(2006), 8°, p. XII-374
- 68 Franco Cipriani, SCRITTI IN ONORE DEI PATRES  
(2006), 8°, p. XIV-502
- 69 Piero Fiorelli, INTORNO ALLE PAROLE DEL DIRITTO  
(2008), 8°, p. XXXII-548
- 70 Paolo Grossi, SOCIETÀ, DIRITTO, STATO  
Un recupero per il diritto  
(2006), 8°, p. XX-346
- 71 Irene Stolzi, L'ORDINE CORPORATIVO  
Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista  
(2007), 8°, p. IV-464
- 72 Hasso Hofmann, RAPPRESENTANZA - RAPPRESENTAZIONE  
Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento  
(2007), 8°, p. XL-586
- 73 Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, GOVERNO E PARTITI NEL PENSIERO  
BRITANNICO (1690-1832)  
(2007), 8°, p. VIII-156
- 74 Giovanni Cazzetta, SCIENZA GIURIDICA E TRASFORMAZIONI SOCIALI  
Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento  
(2007), 8°, p. X-388
- 75 Manuela Mustari, IL LUNGO VIAGGIO VERSO LA "REALITÀ"  
Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile  
(2007), 8°, p. VI-284
- 76 Carlo Fantappiè, CHIESA ROMANA E MODERNITÀ GIURIDICA  
Tomo I L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903), (2008), 8°, p. XLVI-520  
Tomo II Il *Codex iuris canonici* (1917), (2008), 8°, p. IV-521-1282
- 77 Rafael D. García Pérez, ANTES LEYES QUE REYES  
Cultura jurídica y constitución política en la edad moderna (Navarra, 1512-1808)  
(2008), 8°, p. XII-546

- 78 Luciano Martone, *DIRITTO D'OLTREMARE*  
Legge e ordine per le Colonie del Regno d'Italia  
(2008), 8°, p. X-228
- 79 Michael Stolleis, *STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA*  
I. Pubblicistica dell'impero e scienza di polizia 1600-1800  
(2008), 8°, p. X-632
- 80 Paolo Grossi, *NOBILTÀ DEL DIRITTO*  
Profili di giuristi  
(2008), 8°, p. XII-742
- 81 Andrea Marchisello, *LA RAGIONE DEL DIRITTO*  
Carlantonio Pilati tra cattedra e foro nel Trentino del tardo Settecento  
(2008), 8°, p. XXIV-532
- 82 Bartolomé Clavero, *GENOCIDE OR ETHNOCIDE, 1933-2007*  
How to make, unmake, and remake law with words  
(2008), 8°, p. VIII-268

*Per Informazioni e Acquisti*

Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano  
Tel. 02/380.892.90 - Fax 02/380.095.82  
<http://www.giuffre.it>

Centri di documentazione e di distribuzione Giuffrè







**L. 34.000**  
**€ 17,56** I.V.A. inclusa

2939-63

ISBN 88-14-07768-1



9 788814 077685