

DAVID KENNEDY

*Kelsen e il diritto internazionale*

*Estratto da*  
« DIRITTO E CULTURA »  
Anno IV - N. 2 - Luglio-Dicembre 1994

Edizioni Scientifiche Italiane

David Kennedy

## Il Kelsen delle “Oliver Wendell Holmes Lectures”: un pragmatista del diritto internazionale pubblico

Alla tradizione kelseniana mi accosto in buona parte da *outsider*, come uno studioso americano di diritto internazionale pubblico che ha fatto le sue esperienze negli anni Settanta e Ottanta, molto tempo dopo che Hans Kelsen era stato relegato ai margini storici del settore perché troppo teoretico, troppo formale, troppo Europeo. Ho letto Kelsen da studioso contemporaneo del diritto internazionale, radicato nella tradizione pragmatica degli studi americani di diritto internazionale pubblico. A Kelsen, però, mi accosto anche con una buona dose di scetticismo verso quella tradizione americana, verso le sue pretese di modestia e di realismo, il suo ineshausto interesse per le procedure e le istituzioni, la sua fede progressiva nel modernismo.

In questo saggio la mia attenzione si concentra su un unico testo kelseniano, le “Oliver Wendell Holmes Lectures”, tenute da Kelsen alla Harvard Law School nel marzo del 1941 e successivamente pubblicate con il titolo *Law and Peace in International Relations* [1942; i numeri di pagina tra parentesi nel testo si riferiscono tutti a questa edizione]. Nel leggere il testo, ciò che mi interessa è il rapporto di Kelsen con quella tradizione americana di pragmatismo, realismo e giurisprudenza sociologica che tanto influenzò il diritto internazionale pubblico dopo la Seconda guerra mondiale. Senza anticipare troppo, le “Holmes Lectures” mostrano un Kelsen nient'affatto marginale rispetto a questa tradizione americana. In esse viene adombrata buona parte di quello che è diventato uno stile specificamente americano della scienza della politica internazionale, sia per quanto riguarda le sue promesse sia per quanto riguarda i suoi rischi.

Kelsen tenne le sue “Oliver Wendell Holmes Lectures” alla Harvard Law School nel marzo del 1941, nemmeno un anno dopo essere arrivato negli Stati Uniti con la famiglia<sup>1</sup>. Aveva cinquantanove anni e cerca-

<sup>1</sup> Rudolf Aladar Métall, *Hans Kelsen. Leben und Werk*, 1969. Vedi anche l'abbozzo biografico nella *Appendix II* di Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, trad. inglese di Bonnie Litschewski Paulson & Stanley L. Paulson, 1992.

va un lavoro, con alle spalle un passato di eminente costituzionalista e teorico del diritto, già cattedratico a Vienna, Colonia, Praga e Ginevra. Già due volte aveva tenuto i corsi dell'Accademia di diritto internazionale a L'Aia e aveva ricevuto numerosi dottorati onorari, compreso, nel 1936, uno dell'Harvard University. Né era estraneo alla pratica del diritto pubblico e dei mutamenti istituzionali, essendo stato il padre della Corte costituzionale austriaca ed avendovi ricoperto l'incarico di giudice "a vita" già dal 1921, all'età di appena quarant'anni. Quando i nazionalsocialisti arrivarono al potere era già stato Preside della Facoltà giuridica di Colonia, nel 1932-1933.

In breve, quella di Kelsen era stata una folgorante carriera accademica europea<sup>2</sup>. Di Kelsen, nel 1934, Roscoe Pound aveva scritto come «senza dubbio il più importante giurista del nostro tempo»<sup>3</sup>. A Cambridge Kelsen riuscì a raggiungere il grado di "associato di ricerca" passando, finanziato dalla Rockefeller Foundation, sei mesi a preparare quello che sarebbe stato il suo 'biglietto di visita' per poter poi ottenere un posto nell'accademia giuridica americana, le triennali "Holmes Lectures". Un discorso di presentazione, dunque, un "colloquio di lavoro", un *job talk*, che come molti altri del genere non riuscì a raggiungere lo scopo. Non solo Kelsen fallì nella sua ambizione di essere nominato alla facoltà giuridica di Harvard, ma non riuscì ad avere un posto in nessuna facoltà giuridica americana. Allo scadere della borsa lavoro per un semestre al Wellesley College e si trasferì poi per sempre a Berkeley, presso la University of California, dove prima accettò un posto di "visiting lecturer" nel dipartimento di *political science* e poi (nel 1945) diventò professore ordinario, andando in pensione nel 1952.

Nella misura in cui i suoi pensieri, nell'inverno 1940-1941, erano concentrati su una eventuale nomina da parte della facoltà, non è difficile ipotizzare quale fosse la strategia intellettuale di Kelsen nel preparare le sue lezioni, o immaginare che cosa possa avergli consigliato un suo sostenitore nella facoltà di Harvard. Egli si era presentato con tre tipi di lavori che avrebbero potuto interessare l'accademia giuridica americana: il diritto pubblico austro-tedesco, la teoria del diritto e il diritto internazionale.

Il diritto pubblico austriaco doveva esser messo da parte: anche se,

<sup>2</sup> Per i precedenti lavori di Kelsen vedi la bibliografia in Rudolf Aladar Métall, *Hans Kelsen*, cit. Vedi anche l'appendice di Hans Kelsen, *General Theory of Norms*, trad. inglese di Michael Hartney, 1991.

<sup>3</sup> Roscoe Pound, *Law and the Science of Law in Recent Theories*, "Yale Law Journal", vol. 43, 1934, pp. 525, 532.

in quanto comparatista o esperto di *civil law*, avrebbe potuto essere la persona adatta, nel 1941 l'idea di un posto del genere doveva ancora essere pensata<sup>4</sup> e, comunque, il diritto comparato sembrava naturalmente piú adatto al diritto privato. L'importanza dell'esperienza straniera era sembrata, dall'800 in poi, piú una questione di conoscenza delle forme e dei regolamenti del comportamento commerciale all'estero, sia dalla prospettiva di un regolatore illuminato sia da quella di un commerciante informato<sup>5</sup>. Forse il diritto pubblico straniero non veniva considerato importante perché un ordinamento costituzionale sembrava legato alla cultura idiosincratica di una nazione, alla sua storia, forse solo perché gli Americani pensano che il nostro ordine costituzionale si sottragga ad ogni lezione da parte dell'esperienza europea. Ad ogni modo il diritto pubblico, *per se*, negli Stati Uniti, semplicemente non costituiva una branca, né il diritto costituzionale americano era un campo nel quale un esperto straniero poteva ragionevolmente avere successo. La tradizione del diritto comparato aveva fatto affidamento sugli emigrati piú per strutture teoretiche generali o in periodi di grande entusiasmo per la *civil law*, e certamente nel 1941 il diritto tedesco non era alla moda.

La teoria del diritto era il suo completo piú elegante, ma egli avrebbe dovuto fare i conti con il generale scetticismo degli Americani per la teoria, anche in una facoltà giuridica disposta e in grado di fare una nomina che non rispondesse al programma di insegnamento di base. Il titolo "teoria pura" difficilmente poteva avere i numeri: poteva allora Kelsen mostrare di avere qualcosa di utile o di programmatico da dire su un problema che incontrasse l'interesse dei professori americani di diritto? Forse qualcosa sulla giurisdizione o la separazione dei poteri?

<sup>4</sup> Riviste scientifiche, americane e britanniche, di diritto comparato non furono lanciate se non parecchi anni dopo l'arrivo di Kelsen. Vedi, per es., "American Journal of Comparative Law" (1952-), "International and Comparative Law Quarterly" (1952-), "International Law Quarterly" (br., 1947-). Cfr. "Annual Bulletin of Comparative Law Bureau of the American Bar Ass'n" (1908-) (interesse pratico per il diritto comparato); "Annuaire de Legislation Etrangère" (1870-) (tradizione continentale di interesse per le questioni giuridiche comparate).

<sup>5</sup> Mary Ann Glendon, Michael Wallace Gordon & Christopher Osakwe, *Comparative Legal Traditions: Text, Materials, and Cases on the Special Reference to French, West German, English and Soviet Law*, 1985, pp. 9-11 («Generalmente, gli studi di diritto comparato si sono concentrati su questioni di diritto privato (...) Le ragioni storiche di questo interesse sono ovvie. Il moderno diritto comparato si è formato come disciplina alla fine del 19. secolo, nel pieno rigoglio del diritto privato e del laissez-faire. Esso nacque principalmente per servire una varietà di fini pratici primariamente nel campo del diritto privato»). Vedi anche le citazioni *ivi*, pp. 1-38.

Il diritto internazionale pubblico sembrava andare nella direzione giusta; se il diritto privato assimilava quello straniero tramite la comparazione, il diritto pubblico faceva lo stesso attraverso lo sviluppo di un ordinamento internazionale pubblico ed era sempre legato allo studio delle teorie dello Stato, della sovranità, ecc. Esso gli avrebbe persino dato un corso da insegnare; un corso diverso dalla 'jurisprudence'.

L'opera di Kelsen in campo internazionalistico era certamente tecnica e precisa, ma bisognava riconoscere che ad un lettore americano essa appariva testuale e formale, slegata dalla realtà politica. Di fatto, sarebbe stato meglio se la gente non avesse letto i suoi commentari del 1939 sul trattato della Lega delle Nazioni<sup>6</sup>. Per quanto i suoi sostenitori potessero sforzarsi di spiegare che l'opera di Kelsen era un esercizio europeo di dogmatica giuridica, un buon esercizio in un genere straniero, essa non poteva non sollevare dubbi sulla sua capacità di fare un lavoro teorico che prendesse in considerazione il contesto politico e sociale; lo stesso dicasi della sua capacità di insegnare qualcosa di teorico ad un pubblico americano accorto. Il deciso interesse di Kelsen solo per le difficoltà tecnicamente "giuridiche" del trattato della Lega delle Nazioni – in una sovrapposizione di provvedimenti, provvedimenti senza significato, omissioni tecniche, provvedimenti contraddittori<sup>7</sup> – avrebbe semplicemente dato ragione, alla fine del 1940, a quelli che ritenevano che la "teoria pura" non avrebbe mai potuto contribuire in maniera realmente rilevante ad un pensiero attento alle istituzioni giuridiche realmente esistenti.

Ciò non ostante, il suo progetto complessivo di studio sembrava muoversi in una direzione interessante e la sua politica essere quella giusta. Egli era stato attaccato in maniera rozza sia dalla destra sia dalla sinistra e aveva cominciato ad interessarsi alla sociologia del diritto e all'opera di Roscoe Pound, uomo certamente moderno, pragmatico e ostile a quello che veniva sentito come il nichilismo e il relativismo dei "realisti" di Yale<sup>8</sup>. In un primo momento l'entusiasmo di Kelsen per Pound (che era stato Preside di Harvard dal 1916 al 1936) sembra diffi-

<sup>6</sup> Hans Kelsen, *Legal Technique in International Law: A Textual Critique of the League Covenant*, 1939.

<sup>7</sup> Kelsen, *ivi*, p. 15, scrive: «Tanto poco il giurista è giustificato nel determinare, in quanto giurista, i fini sociali della legislazione, quanto il suo intervento è indispensabile quando si tratta di assicurare la realizzazione di un dato obiettivo sociale stabilendo le regole giuridiche tecnicamente appropriate a questo obiettivo».

<sup>8</sup> Cfr. William W. Fisher III, Morton J. Horowitz & Thomas Reed (eds.), *American Legal Realism*, 1993; Laura Kalman, *Legal Realism at Yale: 1927-1960*, 1986.

cilmente conciliarsi con la sua fama di positivista formale, teoretico, e potrebbe essere messo da parte come cosa superficiale, se non fosse così insistente e originario. Tuttavia, non è impossibile immaginarsi Kelsen o i suoi sostenitori pensare del tutto seriamente che la chiave per una carriera di transizione nella giurisprudenza americana potesse stare qui: far pesare la sua reputazione a favore di un allargamento nel campo del diritto internazionale di qualunque cosa egli pensasse di più promettente relativamente al lato pratico dell'approccio di Pound<sup>9</sup>.

Si trattava, in breve, di accostarsi allo studio del diritto internazionale con un approccio pratico, sociologicamente informato. La branca sembrava aperta al rinnovamento ed era un luogo plausibile per uno straniero. Kelsen era stato professore di "diritto internazionale" a Colonia. Se fatta nel modo appropriato, l'analisi generale si sarebbe mossa verso una proposta concreta di riforma, che non sarebbe stata né così tecnica come il suo commento alla Lega, né utopistica, ma ragionevole e realistica. Ecco perché Kelsen continuò a lavorare sul tema del rapporto tra "diritto e pace nelle relazioni internazionali" anche dopo essersi spostato a Berkeley, sviluppando le sue "Holmes Lectures" in un libro, *Peace Through Law*, pubblicato nel 1944<sup>10</sup>, dove appunto raccolse le sue proposte per il "raggiungimento della pace attraverso il diritto". Questo libro, che si collocava esplicitamente nella tradizione progressista americana di Wilson<sup>11</sup>, è una sorta di programma per le Nazioni Unite.

Se questa strategia avesse avuto successo, Kelsen avrebbe potuto diventare il primo pragmatista dell'America post-bellica, portando realismo, interdisciplinarietà e rigorosa sofisticazione teoretica nel campo del diritto internazionale. Forse egli sopravvalutò questa branca: nel 1941 il diritto internazionale, negli Stati Uniti, restava dominato da dottrinari più che da progressisti. Ma forse non poteva sfuggire alla fama della sua opera precedente.

Come che sia, il Prof. Manley Hudson, di Harvard, avrebbe dato il posto di novatore dell'istituzione ad un altro emigrato, il giovane Louis Sohn, giunto nel 1939 dalla Polonia all'età di 25 anni per diventare assi-

<sup>9</sup> Hans Kelsen, *Roscoe Pound's Outstanding Contribution to American Jurisprudence*, "Harvard L. Sch. Y.B.", 1945-46, pp. 12-13.

<sup>10</sup> Hans Kelsen, *Peace Through Law*, 1944.

<sup>11</sup> *Ivi*, pp. 1-2. Vedi anche Hans Kelsen, *Legal Technique in International Law: A Textual Critique of the League Covenant*, 1939, p. 16: «Il Presidente Wilson giocò un brutto tiro al suo grande ideale, l'istituzione della Lega delle Nazioni, circondandosi di un numero insufficiente giuristi, persone da lui fortemente detestate»).

stente di ricerca di Hudson. Sohn avrebbe lottato all'ombra di Hudson per piú di un decennio prima di farsi un nome in campo internazionale come innovatore, nel 1960, con un lavoro sulla pace mondiale attraverso il diritto universale<sup>12</sup>, dimostrando l'esistenza di un'eredità di idealismo relativamente alle istituzioni internazionali. Il suo libro, tuttavia, sarebbe apparso solo pochi anni prima che anch'esso, come il positivismo di Kelsen, apparisse ormai lontano nella disciplina da un emergente consenso pragmatico e realista che si manifestava nell'attenzione o al "processo giuridico internazionale" o al mondo, né-pubblico-né-privato, del "transnazionalismo"<sup>13</sup>. Nessun Europeo, per ragioni del tutto diverse, sarebbe stato accreditato di uno spirito pragmatico. Se occorressero precursori, la prossima generazione si volgerebbe al piccolo libro (1956) di Philip Jessup sul diritto transnazionale<sup>14</sup>. Dopo che le lezioni sono state pubblicate, nell'aprile 1942, Kelsen ne dedica una copia al «mio amico Manley Hudson, con i migliori saluti, Hans Kelsen», e lascia Cambridge per la California.

Il ruolo che Kelsen avrebbe esercitato nell'accademia americana di diritto internazionale sarebbe stato un altro: egli avrebbe rappresentato il polo della teoria positivista, sul quale si sarebbe definito il piú ottimismo istituzionalismo di Sohn. La disciplina sarebbe entrata nell'era del pragmatismo scissa tra positivismo e idealismo, come a dire tra uomini di Stato e studiosi. Solo alla fine degli anni Cinquanta, con l'arrivo del transnazionalismo e del processo legale, l'integrazione dell'astratto rigore dottrinale e del pragmatismo istituzionale animato sociologicamente sarebbe entrata nella corrente maggioritaria di questa branca del diritto. Per allora Kelsen, insieme con altri, compresi Sohn, McDougal, Lasswell o Morgenthau, che avrebbero potuto portare una prospettiva modernista o realista al diritto internazionale, sarebbero già stati messi al margine in quanto formalisti, idealisti, realisti, *ideologues*, scienziati della politica, estremisti<sup>15</sup>. Non dimenticherò mai il tributo della "American Society of International Law" a McDougal nel 1985, in occasione del suo settantunesimo compleanno, durante il quale un oratore dopo l'altro onorò questo che sembrava essere il pilastro dell'*establishment* accademico americano come il «ribelle» e l'«outsider» di tutta una vita<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Grenville Clark and Louis Sohn, *World Peace Through World Law*, 1960.

<sup>13</sup> Cfr., per es., A. Chayes, T. Ehrlich & A. Lowenfeld, *International Legal Process: Materials for an Introductory Course*, 1968.

<sup>14</sup> Philip Jessup, *Transnational Law*, 1956.

<sup>15</sup> Cfr., per es., Richard A. Falk, *The Status of Law in International Society*, 1970.

<sup>16</sup> *McDougal's Jurisprudence: Utility, Influence, Controversy*, "A.S.I.L." (26 aprile 1985).

Le "Holmes Lectures" nascono, quindi, ad un interessante crocevia, che per Kelsen è la transizione dall'Europa agli Stati Uniti. La sua precedente opera nel campo della teoria e del diritto internazionale era stata dedicata alla separazione di diritto e politica. La teoria era pura, la tecnica giuridica. La sua opera teoretica e quella tecnica si distinguevano l'una come generale, l'altra come specifica, in quanto teoria ed applicazione. Dopo essere arrivato negli Stati Uniti, la sua teoria non sarebbe mai più stata pura come nella sua riaffermazione del 1934. Per la seconda edizione del 1960, ampiamente rimaneggiata, della *Teoria pura del diritto*, Kelsen aveva più che raddoppiato il numero delle pagine sotto il peso di nuovi argomenti, modifiche e cambiamenti<sup>17</sup>. Da quel momento in poi Kelsen sostituì la "teoria pura" della sua fase precedente con un approccio volontaristico o fondato sulla volontà<sup>18</sup>. La sua opera tecnica non sarebbe mai più stata esclusivamente giuridica, come dimostra facilmente un confronto dei suoi commenti alla Carta delle Nazioni Unite con il saggio del 1939 sulla Lega delle Nazioni<sup>19</sup>. Ma mentre il suo lavoro diventava sempre più pragmatico, egli veniva relegato ai margini, quasi come se, invece di spostarsi da Vienna in California, si fosse allontanato e non avvicinato al modernismo<sup>20</sup>.

Alla fine, Kelsen divenne semplicemente un teorico più idiosincratico del diritto di tempi andati, ridotto nella memoria collettiva della disciplina ad un codice di poche parole come "Grundnorm". Quando, negli anni Settanta, studiavo diritto internazionale, appariva chiaro che Kelsen in fondo aveva sprecato tutta la vita su un problema teoretico del quale non ci occupavamo più affatto. L'insieme della sua dottrina sembrava di legno, la sua teoria troppo tecnica e limitata per poter essere utile. Chi conservava la fede lo faceva come partigiano di uno stile particolare di analisi dottrinale formale: Kelsen divenne il santo di coloro che erano più rigorosi e meno interessati alla giustizia. Quando accennai all'attuale preside della Harvard Law School che stavo scrivendo un pezzo su Kelsen, egli dubitò che qualcuno ancora lo leggesse e che avrei trovato qualcosa di interessante.

Se le "Holmes Lectures" si collocavano tra un Kelsen europeo ed

<sup>17</sup> Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, trad. inglese di Max Knight, 1967 (ed. originale: *Reine Rechtslehre*, 2. ed., 1960).

<sup>18</sup> *Ivi*, p. V.

<sup>19</sup> Hans Kelsen, *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of its Fundamental Problems*, 1951; *Legal Technique in International Law: A Textual Critique of the League Covenant*, 1939.

<sup>20</sup> Debbo questa osservazione a Robert Chu (memo del 3.25.1993).



uno americano, chiarendo la linea confusa tra quelle che si sarebbero chiamate la teoria e la pratica, si collocavano anche tra le discipline del diritto internazionale pubblico e la scienza politica precisamente nel punto in cui esse evitavano di darsi la mano<sup>21</sup>. Gli uomini di Stato stavano rifacendo il mondo internazionale secondo nuovi termini giuridici, entrambe le discipline partecipavano all'onda del pragmatismo americano, seppellendo i dubbi degli anni Trenta sotto un rafforzato impegno per la forma democratica americana, per noi e per il mondo; eppure, solo Lasswell e McDougal univano teoria e prassi<sup>22</sup>. Per il resto, l'ordine pubblico internazionale restava scisso tra diritto e politica, non ostante le brame di intersciplinarietà, piuttosto disperate, degli anni Sessanta.

Le "Lectures" segnano le frammentazioni di diritto e politica, teoria e pratica, che hanno ostacolato il diritto internazionale pubblico per una generazione, segnando il primo fallimento postbellico del settore ad accettare un vigoroso modernismo e un vigoroso realismo. In tal modo, esse si oppongono nettamente agli sviluppi concorrenti su ciò che deve ancora essere inteso come il lato "privato" del campo interna-

<sup>21</sup> Hans Kelsen, *Law and Peace in International Relations*, 1942, p. 1: «Per formulare il problema in una maniera più modesta e più realistica, come può una comunità internazionale che abbraccia il maggior numero possibile di Stati essere organizzata entro i limiti del diritto internazionale e, in accordo con la specifica tecnica di questo diritto, formare una comunità che realmente incoraggi la pace? Questi (...) sono due problemi metodologicamente molto diversi; uno è un problema teoretico, l'altro politico».

<sup>22</sup> Nel momento in cui ricollegavano la politica al diritto, McDougal e i suoi mettevano anche in rapporto la ridemocratizzazione pragmatica e l'ordine internazionale. Scrivono, per esempio, McDougal e Schlei: «Nell'attuale mondo bipolare, dove sostenitori di regimi totalitari e difensori della dignità dell'uomo si confrontano tra loro in una lotta mortale, l'accordo su questi punti fondamentali ["obiettivi legittimi" della violenza, grado di distruzione permessa per "necessità militare", ecc.] sembra meno probabile che mai. Non è necessariamente un segno di superiorità morale, ma forse piuttosto di arroganza suicida, suggerire che nessun uso possibile della bomba all'idrogeno sia, in modo immaginabile, entro il raggio della "necessità militare" per obiettivi legittimi secondo gli standards del rispetto della dignità umana. (...) Non è la particolare modalità fisica della distruzione che è rilevante per il diritto e la politica, ma piuttosto gli scopi e gli effetti della distruzione e il nesso di questi scopi ed effetti con i valori di una società universale libera»: Myres S. McDougal & Norbert A. Schlei, *The Hydrogen Bomb Tests in Perspective: Lawful Measures for Security*, "Yale L.J.", vol. 64, 1955, p. 648. L'articolo si chiude con una nota sulla evoluzione: «Appare probabile che ciascuna metà del mondo abbia ora la capacità di distruggere rapidamente l'altra: l'analogia comune dei due scorpioni che lottano a morte chiusi in una piccola bottiglia è diventata calzante (...) Fino a quando non potrà essere stabilito un ordine pubblico mondiale ragionevolmente sicuro, la metà libera del mondo non ha nessuna alternativa se non di assicurare che essa resta uno scorpione e che non incoraggia la trasformazione in polvere radioattiva inanimata» (*ivi*, p. 710).

zionale, dove la base era già stata posta per il pragmatismo integrato di Jackson<sup>23</sup>.

Io propongo di accostarci al 'job talk' di Kelsen come avremmo potuto fare se ci fossimo trovati nel pubblico di Cambridge, chiedendo a noi stessi se a quest'uomo bisognava dare il compito di portare la sociologia, la politica e il pragmatismo al diritto internazionale pubblico americano. Come quel pubblico, io concludo, tristemente, che la risposta avrebbe dovuto essere probabilmente negativa. Non perché qualcun altro, più tardi, qualche americano, avrebbe potuto fare un lavoro migliore. Ma perché il pragmatismo, quando alla fine arrivò, avrebbe indebolito il settore per una una generazione, lasciando il pubblico reame senza difese contro i saccheggi di una immaginazione cosmopolita.

Ma torniamo alle lezioni. Immaginiamo il programma di sei sere, che promette la discussione di sei argomenti piuttosto eterogenei. Solo

<sup>23</sup> Scrivendo nel 1948, Georg Schwarzenberger dimostra «la fondatezza del riconoscimento di una speciale branca del diritto [che si occupa di di relazioni economiche internazionali]»: *The Province and Standards of International Economic Law*, "Int.'l L.Q.", vol. 2, (1948), pp. 402, 405. Alla ben nota maniera di una proposta di investimento delle scienze sociali, Schwarzenberger giustappone lo stupefacente spiegamento di eventi mondiali ad una disattenzione degli studiosi alla quale occorre porre rimedio. Schwarzenberger apre così il suo articolo: «Le relazioni economiche internazionali sono notizie da prima pagina. Il piano Marshall, la svalutazione del franco francese, le conferenze sul commercio di Ginevra e dell'Avana, gli accordi internazionali sul commercio andino e sul commercio dei cereali, i beni stranieri in Austria, la nazionalizzazione delle proprietà americane e britanniche nell'Europa orientale e sud-orientale e le proposte per una Unione doganale europea sono solo alcuni temi scelti a caso. Ciascuno di questi problemi ha i suoi complessi aspetti giuridici e tutti rientrano nella provincia del diritto internazionale pubblico. Non può essere inappropriato, pertanto, studiare se la scienza e la pratica del diritto internazionale sono adeguatamente attrezzate per affrontare questo insieme di questioni topiche (...) La risposta a questo interrogativo può difficilmente essere una affermazione senza condizioni» (*ivi*, p. 402). Infatti, «uno sguardo ai manuali del periodo interbellico e al sillabo di diritto internazionale nelle facoltà giuridiche delle università più importanti in tutto il mondo mostrerà come si è affrontata la sfida. Non è probabilmente un'esagerazione dire che fu fatto in gran parte ignorando il problema. (...) Sembrerebbe venuto il momento di creare branche separate di diritto internazionale, che forniscano trattati su e insegnino i principî generali del diritto internazionale. Una tale specializzazione non risulterà solo nella fornitura di una conoscenza più adeguata nei campi più ristretti, ma è probabile che arricchisca la percezione della natura, delle funzioni e dei principî del diritto delle nazioni come tale» (*ivi*, pp. 403-4). Diciotto anni dopo, Schwarzenberger sarebbe tornato sullo stesso argomento più esaurientemente e con maggior fiducia. Vedi Georg Schwarzenberger, *The Principles and Standards of International Economic Law*, "Receuil des Cours", vol. 117 (1966-I), pp. 1 ss. Vedi anche Wilhelm Ropke, *Economic Order and International Law*, "Receuil des Cours", vol. 86 (1954-II), pp. 203 ss.

i titoli potrebbero suscitare la nostra preoccupazione sulla comprensione, da parte di Kelsen, dello spirito pragmatico. Ecco i titoli, come vennero poi pubblicati (pp. IX-XI):

- I. Il concetto di diritto
- II. La natura del diritto internazionale
- III. Stato e diritto internazionale
- IV. La tecnica del diritto internazionale
- V. Stato federale e confederazione di Stati
- VI. Amministrazione internazionale o corte internazionale

Mentre aspettiamo che il nostro immaginario pubblico prenda posto, potremmo pensare a ciò che c'è dietro. I primi tre titoli sembrano piuttosto teoretici, gli ultimi tre vanno in una direzione pratica. Dovremmo tornare solo due volte – egli è in effetti il famoso teorico – o soltanto alla fine per vedere cosa ha da proporre?

Vista oggi, la lista coincide con l'idea che abbiamo degli studi di diritto internazionale pubblico in quell'epoca, nella transizione dalla teoria al pragmatismo, in quanto il programma parte proprio da un (forse troppo lungo) progetto di definizione concettuale. Da questa posizione di forza, i titoli di Kelsen sembrano leggermente fuori moda. Egli scrive sulla base delle sue preoccupazioni teoretiche, spostandosi solo successivamente ai punti pratici e restando legato a scelte piuttosto obsolete, come «amministrazione o tribunale, confederazione o Stato federale». Ad essere onesti, dovremmo ammettere che è difficile immaginare chi potrebbe leggere effettivamente le prime tre lezioni. Allo studioso odierno – sazio e praticamente ambizioso – di diritto internazionale sembra ovvio che Kelsen debba avere qualche teoria (tutti questi vecchi personaggi ce l'avevano), ma anche che la sua teoria non sarà più convincente di quella di chiunque altro; il punto importante è «come si comportano le nazioni»<sup>24</sup>.

Al tempo stesso i due grossi problemi pratici che Kelsen solleva – se la società internazionale debba essere uno Stato federale o una confederazione e se noi dobbiamo costruire un'amministrazione internazionale o una corte internazionale – sembrano porre il moderno studioso di diritto internazionale dinanzi a scelte false, indebitamente rigide. Possiamo anticipare la nostra reazione alla quinta lezione: ciò che si chiama ordine internazionale è o irrilevante o importante solo come una tecnica retorica di legittimazione e giustificazione. Ciò che conta è

<sup>24</sup> Louis Henkin, *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, 2. ed., 1979. Cfr. anche la recensione di questo libro di David Kennedy, *Book Review*, "Harv. Int'l L.J.", vol. 21, 1980, pp. 301 ss.

il misto di meccanismi specifici, di soluzioni – alcune federali, alcune confederali – date alle questioni internazionali. Così anche la sesta lezione: ciò di cui abbiamo bisogno è un buon misto di tecniche giudiziarie ed amministrative, anche quando il confine tra di loro dilegua. A volte una corte internazionale dovrebbe agire come un'amministrazione e viceversa. Se la nostra è l'era dei confini confusi, delle forme miste e combinate nella soluzione di problemi particolari, il Kelsen di questi titoli sembra molto fuori moda.

Il titolo più idiosincratco, la dimostrazione più chiara del fatto che questo è un documento di un'altra epoca, è il quarto: "La tecnica del diritto internazionale". Ci aspetteremmo un plurale – le tecniche del diritto internazionale –, in quanto siamo arrivati a pensare al diritto internazionale come ad una miscellanea di tecniche per la politica<sup>25</sup>. In verità, questa frammentazione o proliferazione sembra centrale per il pragmatismo dell'età della politica.

Il diritto internazionale viene ora studiato come una lista in espansione di meccanismi dottrinali, istituzionali, governativi per la trattazione dei problemi. Le crisi o gli "incidenti" internazionali vengono ricordati per il loro contributo innovativo alle tecnologie giuridiche disponibili allo scienziato della politica. La più famosa, naturalmente, fu la "quarantena" della crisi dei missili a Cuba, che confondeva le categorie tradizionali di blocco, atto di guerra ecc<sup>26</sup>. Pertanto le dottrine giurisdizionali sono viste ora non come espressioni di diritto, o come trasmissioni intellettuali di una "sovranità" concettualmente difendibile, ma come tecniche per la gestione giudiziale dei conflitti internazionali. Nelle mani di uno studioso di diritto creativo, di un giudice, o di un funzionario statale (ora tutti scienziati di politica), esse potrebbero essere creativamente allargate per trattare tortura, terrorismo, frodi bancarie, politica ambientale. In verità, tutte le componenti dottrinali ed istituzionali del diritto internazionale sono oramai state liberate da quello cui pensiamo come il loro formalismo o positivismo continentale all'antica per poter essere adoperate a fini pragmatici.

Suppongo che potremmo accreditare Kelsen di aver accentrato il suo interesse sulla questione della tecnica – dopo tutto, egli non poteva aver fatto esperienza della proliferazione di strumenti politici che sa-

<sup>25</sup> Vedi Nathaniel Berman, *supra*, nota 9 (che ricorda ed analizza l'ordine delle tecniche giuridiche – plebisciti, partizione, protezione delle minoranze, internazionalizzazione, integrazione sovranazionale, supervisione internazionale – impiegate nel periodo tra le due guerre in risposta al nazionalismo europeo).

<sup>26</sup> Abram Chayes, *The Cuban Missile Crisis*, 1974.

rebbero sopraggiunti nei cinquant'anni successivi. Tuttavia, come hanno dimostrato Nathaniel Berman ed altri, molte delle tecniche politiche cui noi pensiamo come i segni caratteristici del periodo della decolonizzazione e della proliferazione istituzionale negli anni Cinquanta e Sessanta in realtà esistevano già negli anni Trenta<sup>27</sup>; Kelsen era una persona bene informata, sicché il suo limitarsi ad una singola tecnica di diritto internazionale deve aver avuto un altro carattere.

Non è però solo il suo uso del singolare che attira la nostra attenzione. Alle nostre orecchie pragmatiche questo titolo implica anche una scelta a favore della singolarità del diritto (nel senso che il diritto stesso dovrebbe avere una tecnica particolare) che bolla il suo autore come fuori moda. Noi sappiamo che il diritto come tale non ha alcuna specificità, in quanto condivide in vari modi i suoi attributi con le discipline cugine come la sociologia, la religione, l'economia, la scienza dell'amministrazione, la filosofia ecc. In questa luce è difficile immaginare che il diritto internazionale possa essere capace di ingabbiare il suo metodo. Di nuovo, per dar credito a Kelsen dobbiamo trincerarlo in un'epoca precedente, prima che si consumasse la pretesa del diritto ad una conoscenza speciale. Naturalmente, la cosa strana è che gli attacchi alla specificità del diritto in nome della interdisciplinarietà erano usuali anche prima del 1940, ma forse Kelsen sapeva bene su quale lato egli si collocava: non certo quello che avrebbe portato alla svolta pragmatica<sup>28</sup>.

Kelsen aveva presentato il suo commentario del 1939 sulla Lega delle Nazioni come un esercizio di auto-limitazione, restando fermo ad una visione ben delimitata di ciò che è propriamente "giuridico" e rifiutandosi, in quanto giurista, di prendere in considerazione ciò che è "propriamente" politico come un atteggiamento sincretistico<sup>29</sup>. Forse egli stava solo facendo appello al pubblico, sempre pronto ad umiliare i giuristi, demistificati nella loro pretesa ad una conoscenza da mandorini. Forse era stanco della politica e ambiva ad una conoscenza puramente tecnica, o forse era solo strategia presentare la sua analisi dei fallimenti della Lega delle Nazioni nel linguaggio della tecnica neutrale; a

<sup>27</sup> Nathaniel Berman, *supra*, nota 9.

<sup>28</sup> Gary Peller, *Neutral Principles in the 1950's*, "Michigan Law Review", vol. 21, pp. 561 ss.; *The Metaphysics of American Law*, "California Law Review", vol. 73 (1985), pp. 1152 ss.

<sup>29</sup> Hans Kelsen, *Law and Peace*, cit., pp. 14-15: «I "giuristi" credono e vorrebbero persuadere gli altri che essi possiedono un metodo oggettivo o anche scientifico che consente loro di designare l'unico significato "giusto" tra quelli che rivela l'interpretazione. In realtà, un tale metodo non esiste. La scelta tra i differenti significati può essere dettata unicamente da un giudizio di valore soggettivo, politico».

conti fatti egli è in grado di accennare quasi ad ogni fallimento del Patto nel blando linguaggio di chi accenna ad una inadeguatezza. Non di meno, ad un'età dove si incoraggiano i giuristi-ingegneri sociali, il commentario sembra semplicemente noioso, tecnico, piatto.

Questo testo del 1939 ci lascia in una strana posizione. A mo' di riabilitazione vogliamo collocare Kelsen prima della erosione delle pretese del diritto ad una speciale competenza, e tuttavia nel 1939 era stato proprio Kelsen ad imprecare contro le pretese speciali del diritto. Questa modestia comune ci dà forse il nostro primo indizio sulla continuità tra Kelsen e l'età pragmatica. Per il pragmatista è la mancanza di specificità del diritto che incoraggia: il diritto è visto come il legame di un ricco buffet interdisciplinare mobilitato in modo pratico. Per Kelsen, sembra il contrario: il giurista incoraggiato dalla angusta specificità della tecnica giuridica. Per entrambi, è l'umiltà che dà forza.

Per entrambi, l'umiltà disciplinare è parte di una polemica disciplinare su quali sono le scelte politiche. Per il pragmatista, la polemica per l'impegno opera in parte sul contrasto con quei predecessori che erano caduti o nella passività formale o nell'impegno ideologico<sup>30</sup>. Nella loro storia, Kelsen giocherà il ruolo di un passato di passività. Ma noi potremmo guardare di nuovo alla polemica kelseniana del 1941.

In verità, per cogliere l'orientamento di Kelsen a favore della tecnica del diritto, dobbiamo ritornare alle sue lezioni viste come un dibattito, una disputa. C'è molto di familiare nel suo progetto. L'argomento principale scaturisce da una concezione generale del diritto, nitidamente presentata nella prima riga: «Il diritto è, essenzialmente, un ordine per la promozione della pace» (p. 1). Essere per il diritto significa essere per la pace, «per la coesistenza pacifica (...) senza l'uso della forza, in conformità ad un ordinamento valido per tutti» (p. 1). Le lezioni presenteranno un argomento per il diritto internazionale – per la sua esistenza e per il suo valore – come un argomento per la pace.

<sup>30</sup> Cfr. Richard Falk, *The Status of Law in International Society*, 1970, pp. X-XII. Falk ci dice per prima cosa che «La mia visione è stata formata molto dalla dialettica intellettuale che esiste tra l'opera di Hans Kelsen e Myres S. McDougal, due grandi internazionalisti del nostro tempo che hanno ciascuno sviluppato e sostenuto una interpretazione coerente dell'ordine giuridico internazionale» (*ivi*, p. X). Il riconoscimento stesso del debito accenna alla obsolescenza: o la «dialettica intellettuale» continua (in maniera non produttiva) oppure è risolta (produttivamente). Falk presenta il suo libro come il momento di sintesi della dialettica Kelsen-McDougal. «A mio avviso Kelsen è andato troppo oltre nello stabilire la sua rilevanza. Questo libro è un tentativo di sviluppare una concezione dell'ordine giuridico internazionale che riconcili queste due considerazioni intrecciate dell'autonomia e della rilevanza» (*ivi*, pp. XI-XII).

C'è subito una difficoltà. «È il diritto internazionale un tale ordinamento?» Questo problema “teoretico” sarà l'argomento delle prime tre lezioni, nelle quali Kelsen argomenta contro coloro per i quali un ordinamento giuridico è incompatibile con l'autorità assoluta dei sovrani. Kelsen inserisce l'argomento nel quadro di una battaglia tra diritto e sovranità.

Con la maggior parte dei suoi successori egli ha questo in comune. A prima vista noi potremmo pensare alle sue preoccupazioni per il problema se “il diritto internazionale è veramente diritto” come un segno classico del suo antiquato attaccamento alle questioni teoretiche. Crediamo di aver da tempo stabilito che questa è o una questione insignificante, in confronto a ciò che potrebbe essere fatto usando questi strumenti nel mondo reale, o una questione che difficilmente potrebbe essere risolta prolungando la ricerca teoretica. In verità, piuttosto che l'enigma del mondo post-bellico, il problema della legalità del diritto internazionale sembra *la* questione che bisogna mettere con decisione da parte.

E tuttavia, la mettiamo realmente da parte? Non è difficile dimostrare il fascino continuo che conserva questo dilemma teoretico per la struttura della dottrina e del tema del diritto pubblico internazionale<sup>31</sup>. Esso è stato anche il tema di veri e propri trattati di famosi pragmatisti negli anni '60<sup>32</sup>, '70<sup>33</sup> e '80<sup>34</sup>. Il problema importante è precisamente *come* Kelsen si sposta da questa questione alla tecnica, come egli si richiama al dilemma dell'ordine tra sovrani o del diritto extra-statale e poi lo mette da parte. In quell'atteggiamento egli non è affatto obsoleto.

Egli dice subito che una volta risolta questa questione «formularà il problema in una maniera più modesta e più realistica», come una que-

<sup>31</sup> Vedi David Kennedy, *International Legal Structures*, 1987. Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, 1989.

<sup>32</sup> Vedi Wolfgang Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, 1964. Friedmann pone il problema nei termini di uno scontro tra la internazionalizzazione degli interessi economici e l'organizzazione nazionale della identità politica, tra funzionalità e cultura: «La crescente internazionalizzazione dell'industria, del commercio e degli scambi negli stadi avanzati della rivoluzione industriale e la conseguente internazionalizzazione delle attività delle corporations moderne, stanno sfidando il monopolio giuridico e politico dello Stato» (*ivi*, p. 21).

<sup>33</sup> Vedi Louis Henkin, *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, 2. ed., 1979. Henkin formula il problema come un conflitto tra ordinamento teoretico e differenza ideologica. Il diritto internazionale, secondo Henkin, fornisce una struttura di interessi condivisi che addolcisce il comportamento ideologico.

<sup>34</sup> Vedi Thomas M. Franck, *The Power of Legitimacy among Nations*, 1990. Tra i poli dell'interesse e della norma, Franck offre la nozione di intermediazione della legittimità.

stione «politica» piú che teoretica: «come (...) una comunità internazionale che abbraccia il maggior numero possibile di Stati [può] essere organizzata entro i limiti del diritto internazionale, e in accordo con la tecnica specifica di questo diritto, per formare una comunità che realmente promuova la pace» (p. 1). Sarà questo il tema delle ultime tre lezioni, che identificano la «tecnica» specifica del diritto internazionale e la mobilitano «per formare una realtà giuridica che da un certo punto di vista – quello dell'ideale della pace – è considerata come un miglioramento sulla condizione moderna» (pp. 1-2). In breve, la ricerca teoretica aprirà la via ad un modesto realismo su una questione di politica.

In questo atteggiamento, la pace è diventata un ideale, che anima il nostro «sguardo» per il diritto internazionale, che stabilisce il nostro «punto di vista» riguardo ad esso, lo scopo che i nostri sforzi «favoriranno». Questo, comunque, non è solo un esercizio di valutazione, anche se l'«ideale della pace» fornirà un'importante pietra di paragone nell'argomento susseguente nei momenti di scelta analitica, quando dobbiamo scegliere tra due proposizioni di eguale forza logica. È anche un esercizio di «riforma delle relazioni internazionali – uno dei problemi piú brucianti dei tempi, dalla cui soluzione dipende il destino delle civiltà» (p. 2). Kelsen si presenta come un avvocato della «riforma», che persegue un «miglioramento» sulla condizione presente verso un ideale. L'esercizio è fortemente animato da toni apocalittici.

La pace come iperbole, come progetto, come orientamento, bussola morale. Vi sono noti punti di partenza per lo studio del diritto internazionale. È anche ben noto, anche se in qualche modo sorprendente, il fatto che di pace sentiremo parlare molto poco fino alla conclusione. Immaginiamo la scena: un ebreo viennese arriva a Cambridge, in fuga da una guerra europea della quale gli Stati Uniti non sono ancora parte e legge sei lunghe lezioni su "diritto e pace nelle relazioni internazionali", il tutto senza menzionare il conflitto in corso. La guerra vien fatta galleggiare come un motivo dietro lo sforzo, la pace come un punto di vista, un ideale, uno scopo. E dopo di che scompaiono, sicché egli può tornare al suo tema: la relazione specifica tra diritto internazionale e sovranità e la specificità della sua «tecnica».

Il punto centrale compare solo alla fine, quando Kelsen suggerisce alle «forze che lavorano per la pace», presumibilmente anche al suo pubblico in quanto parte della intelligentsia «sposata all'idea della pace», di mobilitare le loro energie dietro le proposte politiche che egli ha sviluppato nell'ultima lezione, cioè «la creazione di una corte internazionale con giurisdizione vincolante» (p. 169), una proposta imposta dalla conclusione che «l'idea di diritto, non ostante tutto, sembra anco-



ra essere più forte di ogni altra ideologia del potere»; Kelsen fa del diritto una ideologia nell'età dell'ideologia, da utilizzare per la pace come il diritto ha utilizzato la forza. Nella conclusione, egli lascia il suo pubblico attrezzato per un nuovo lavoro pratico di sviluppo ideologico.

Tuttavia, questo è Kelsen com'è ricordato nella disciplina, un po' teoretica, preoccupato di problemi filosofici sulla "natura" del diritto, con la sua opera dottrinale piuttosto staccata dalle questioni reali, guidata da forme filosofiche piuttosto che da problemi pratici. Questo Kelsen è ricordato come un Europeo, mai del tutto assimilato al realismo, la sua opera di diritto internazionale è sempre più negletta come troppo formale, troppo "positivista", la sua teoria, per quanto erudita, è diventata solo una in una lista di sforzi idiosincratici per risolvere un problema che sembra sempre più fuori moda, o al quale si può rispondere solo nel lessico dell'empirismo. Come si comportano *effettivamente* le nazioni?

Nella spiegazione di questo Kelsen, gioca un ruolo di rilievo un'immagine piuttosto astratta della forza. Prendiamo la prima lezione, sul "concetto di diritto". Noi possiamo vedere dove Kelsen si è fatto la sua fama di teoretica. Il progetto del capitolo è di sviluppare un'astratta definizione di "diritto" sulla quale il "diritto internazionale" possa essere confrontato nella seconda lezione. Egli definisce il diritto in termini teoretici, «non da un punto di vista politico ma da un punto di vista scientifico, senza cioè che alcun giudizio soggettivo di valore rispetto alla forma delle relazioni sociali debba giocare, consapevolmente o inconsapevolmente, un ruolo» (p. 3).

Egli definisce il diritto come un ordinamento «coattivo» che fornisce «le misure di coazione come sanzioni» (p. 12). Il «criterio decisivo» del diritto è la presenza della «coazione» piuttosto che la «libertà» nella pressione esercitata sugli individui al fine di modificare il loro comportamento. Lo specifico «strumento» del diritto è la «misura coercitiva», il suo contributo alla «promozione della pace» è la «organizzazione della forza».

«Diritto e forza non devono essere intesi come un'antitesi assoluta. Il diritto è un'organizzazione della forza: il diritto ricollega certe condizioni all'uso della forza nelle relazioni tra gli uomini. Esso autorizza l'uso della forza, atti di coercizione, solo da parte di certi individui e solo in certe circostanze (...) Sicché si può dire che il diritto fa dell'uso della forza un monopolio della comunità. E proprio così facendo il diritto assicura la pace alla comunità» (p. 12).

Il diritto, pertanto, ha a che fare con due termini: l'"illecito" e la "sanzione". Il paragrafo finale della lezione recita: «Illecito e sanzione:

sono questi i due fatti fondamentali del diritto. Ricollegarli come condizione e conseguenza è la funzione fondamentale del diritto» (p. 26).

Si può vedere perché questo sembrerebbe un test difficile per il diritto internazionale; esso echeggia ciò che ricordiamo da Austin: il diritto è comando sostenuto dalla forza. Questo è il Kelsen positivista formalista, che si accaparra del termine diritto per il più angusto dei casi. La tesi secondo cui reato e sanzioni devono essere fatti, connessi come condizione e conseguenza, prima che Kelsen li chiami diritto, sembra misera. Nessuna meraviglia che la sua proposta politica – istituire una *corte* di tutte le cose – sembra così lontana dalla realtà, una regressione alla PCIJ più che una riforma della Lega.

Anche se Kelsen va in una direzione leggermente diversa, a prima vista sembra solo confermare la nostra impressione di un uomo perduto nella teoria. Egli sottolinea che il punto non è la «efficacia» della norma, ma la sua «validità». Il punto non è che la forza di fatto accetta il reato: forse lo fa, forse no. Il punto non è nemmeno che la gente crede che una sanzione farà seguito ad un reato: forse lo credono, forse no. La scienza giuridica ha a che fare con la validità della norma stessa: «il diritto (...) è un ordinamento coercitivo non perché l'idea della norma giuridica induce gli uomini ad un comportamento corretto, ma perché la norma giuridica fornisce una misura coercitiva come sanzione» (p. 15). O più avanti: «la validità significa che le norme dell'ordinamento dovrebbero essere obbedite ed applicate» (p. 15).

Eccoci di nuovo a Kelsen l'Astratto, disinteressato alla "rilevanza" del diritto internazionale. Kelsen sembra dire: «la *rule of law*, il termine usato in questo senso descrittivo, è un giudizio ipotetico nel quale certe definite conseguenze sono ricollegate a certe definite condizioni» (p. 20). La lezione finisce precisamente con questo riferimento all'ipotetico: «se la *rule of law* descrive questa connessione [tra illecito e sanzione] in un giudizio ipotetico che ricollega una misura coercitiva come sanzione a certe condizioni, tra le quali il reato ha il suo posto specifico, essa esprime l'essenza stessa e la natura del diritto» (p. 98).

Kelsen sembra preoccuparsi più della «grammatica del diritto» che della sua imposizione; sento che sto per addormentarmi in questa lezione, preoccupato che non sarà mai in grado di svoltare verso il proposito pratico che aveva promesso. Questo era il Kelsen che la disciplina ha criticato per una generazione perché insufficientemente impegnato col mondo "reale" della violenza e dei fuorilegge. Il Kelsen che sembrava dismettere a priori ogni teoria che sottolineasse il pragmatismo progressivo del periodo postbellico, che ciò che conta è se gli uomini di Stato *credono* che il diritto internazionale è vincolante, o se gli uo-

mini di Stato *agiscono* come se il diritto internazionale fosse vincolante, che non è il suo pedigree concettuale che conta. Il Kelsen indifferente ai valori, ai diritti umani, alla democrazia, con null'altro da offrire che un mondo squassato dalla guerra e dal genocidio.

Ma noi potremmo leggere queste lezioni in un modo diverso, come una svolta non tanto verso la teoria quanto verso il linguaggio. La Grundnorm come ipotesi ricorda l'inconscio di Freud, anch'esso frainteso dagli Americani come questione di fatto piuttosto che di interpretazione. Forse Kelsen non è un arcaico formalista europeo, ma un modernista viennese in attesa del suo Lacan<sup>35</sup>. Riusciamo a cogliere il primo barlume di ciò nella sua seconda lezione, sulla "natura del diritto internazionale".

Il problema che egli pone è «se le norme chiamate diritto internazionale sono o non sono diritto nello stesso senso delle norme del diritto interno». Egli ci assicura che questo «problema non è affatto un problema solo teoretico» (p. 29). Se diritto internazionale e diritto interno sono, «in linea di principio, lo stesso fenomeno sociale, (...) si può presumere che il diritto internazionale è suscettibile della stessa evoluzione del diritto nazionale. Se questo è vero, allora è aperta una via relativamente certa alla riforma efficace delle relazioni giuridiche internazionali» (p. 29). L'argomentazione indicherà davvero la proposta politica.

La questione si impenna sulla natura della forza, non come questione di fatto, ma come questione di interpretazione.

«Il diritto internazionale è diritto in questo senso se un atto coercitivo da parte di uno Stato, l'interferenza forzata di uno Stato nella sfera di interessi di un altro, è permessa solo come reazione ad un illecito e l'impiego della forza è vietato ad ogni altro fine; solo se l'atto coercitivo posto in essere come reazione contro un illecito può essere *intepretato* [cs. mio] come una reazione della comunità giuridica internazionale. Se è possibile *descrivere il materiale che appare in guisa di diritto internazionale* [cs. mio] in modo tale che l'impiego della forza rivolta da uno Stato contro un altro può essere *interpretato* [cs. mio] solo o come illecito o come sanzione, allora il diritto internazionale è diritto nello stesso senso del diritto nazionale» (p. 30).

Che vi siano materiali che si prestano ad interpretazione come indicativi di illeciti – materiali che si presentano come norme – è la parte facile. Ma le sanzioni? Le rappresaglie prendono chiaramente questa forma. La guerra è un caso più complesso.

<sup>35</sup> Jacques Lacan, *Ecrits*, 1966; Shoshana Felman, *Jacques Lacan and the Adventure of Insight: Psychoanalysis in Contemporary Culture*, 1987.

Kelsen comincia dicendo che «esistono due vedute diametralmente opposte per quanto riguarda l'interpretazione della guerra» (p. 34). Per l'una, «la guerra non è né un illecito né una sanzione» (p. 34). Per l'altra, «la guerra, secondo il diritto internazionale generale, è vietata in linea di principio» (p. 35) e può pertanto esser vista o come un illecito o come una sanzione. La parte piú interessante dell'analisi viene dopo. Egli comincia col chiarire che non intende dimostrare – o teoreticamente o empiricamente – l'una o l'altra interpretazione.

«Sarebbe ingenuo chiedere quale di queste due opinioni sia quella corretta, perché ognuna è sostenuta da eminenti autorità e difesa con potenti argomenti. Ciò rende qualsiasi scelta definita tra le due teorie estremamente difficile» (p. 35).

La lezione termina su un passaggio simile:

«La situazione è caratterizzata dalla possibilità di una doppia interpretazione. È una delle peculiarità del materiale che forma l'oggetto delle scienze sociali di essere soggetto ad una duplice interpretazione. Sicché la scienza oggettiva non è in grado di decidere per o contro l'una o l'altra. Non è una decisione scientifica, ma una decisione politica quella che dà la preferenza alla teoria del *bellum justum*. Questa preferenza è giustificata dal fatto che solo questa interpretazione intende il diritto internazionale come diritto... Da un punto di vista strettamente scientifico un'evoluzione diametralmente opposta delle relazioni internazionali non è affatto esclusa. Che la guerra sia in linea di principio un illecito e sia permessa solo come sanzione è un'interpretazione possibile delle relazioni internazionali, ma non la sola. Noi *scegliamo* [cs. mio] questa interpretazione, sperando di aver riconosciuto l'inizio di uno sviluppo del futuro e con l'intenzione di rafforzare per quanto possibile tutti gli elementi dell'attuale diritto internazionale che tendono a giustificare questa interpretazione e a promuovere l'evoluzione che desideriamo» (pp. 54-5).

Il problema è diventato un problema interpretativo, che dev'essere risolto dal relatore e dal suo pubblico di mercanti di interpretazioni come una questione di scelta, di politica, di desideri. La scienza ha chiarito la scelta – noi dobbiamo farla. Scegliamo la vita, la lotta per la pace, o scegliamo la guerra e indeboliamo l'evoluzione positiva della società internazionale? L'intellettuale è un attivista nella sua interpretazione.

Kelsen orienta la nostra scelta non solo con iperboli, ma anche con il mito. Il suo fine è sia di far diventare entrambe le interpretazioni plausibili sia di legarle poi a storie di progresso alternative: questa via in avanti, quella indietro. A questo punto, il suo argomento ci fa fare

una digressione dalla violenza allo "straniero", dandoci ragguagli sulla "società primitiva".

Come dice Kelsen, l'uomo primitivo non distingue tra «natura e società, un elemento caratteristico del pensiero moderno (...) completamente ignoto alla mentalità primitiva» (p. 40). Come risultato, l'uomo primitivo «non è per niente consapevole della morte dovuta a cause naturali» e, «interpretando i fatti di natura esclusivamente con categorie sociali, egli vede in ogni morte o una punizione (...) o un assassinio» (p. 40). È allora del tutto naturale, per il primitivo, interpretare la violenza o come un illecito o come una sanzione, a seconda che sia messa in essere dalla sua propria tribù o da un'altra. In un'altra eco freudiana, Kelsen si volge agli antropologi – in questo caso a Arthur Thomson e Radcliffe Brown – per trovare conferme del fatto che per il diritto primitivo la guerra era interpretata come «giusta» o come «ingiusta» (p. 35). Kelsen si volge brevemente al mondo antico per dimostrare lo stesso, e conclude che era solo nel mondo cristiano tra il 18. e gli inizi del 20. secolo che questa interpretazione cadde in disuso.

Su questa base, Kelsen si volge agli argomenti contro la teoria del *bellum justum*. Tutti, egli conclude, si focalizzano sui particolari aspetti "tecnici" del diritto internazionale – l'assenza di un organo giudiziario, la predominanza dell'autotutela – che suggeriscono una forte decentrazione. Questo, ne risulta, è esattamente ciò cui somiglia «l'ordine giuridico primitivo» (pp. 48-9). Il diritto internazionale è, in questo senso, «primitivo» (p. 51).

Questo parallelo ha due forti vantaggi interpretativi. Primo, tutti i difetti del diritto internazionale sono messi in parallelo dal diritto primitivo – che, come abbiamo visto, aveva tutti gli elementi del "bellum justum" necessari per considerarlo come diritto. Secondo, «la storia insegna che l'evoluzione procede dovunque dalla vendetta di sangue verso la creazione di tribunali e lo sviluppo di un potere esecutivo centralizzato; cioè, verso una centralizzazione sempre crescente dell'ordine sociale coercitivo» (p. 51). Presi insieme, questi due elementi fondano una storia del progresso inevitabile e apparentemente ovvio: «come l'embrione nel corpo materno è sin dall'inizio un essere umano, così l'ordinamento coercitivo decentralizzato dell'autotutela primitiva è già diritto, diritto *in statu nascendi*» (p. 51).

Possiamo cominciare a vedere un Kelsen differente, un Kelsen il cui progetto è la retorizzazione della violenza. La guerra è centrale nelle sue lezioni: non che il diritto internazionale possa agire direttamente su di essa, né sugli Stati o sui sovrani, né che essa possa essere redenta in pratica dalla efficacia del diritto. Il diritto internazionale è un ordine

ideologico nel quale la violenza è sia la preoccupazione centrale sia ciò che pone le scelte interpretative più significative. In questo schema il giurista/interprete internazionalista – Kelsen e il suo pubblico – è sia scienziato oggettivo sia attivista in un mondo di antinomie soggettive. In questo spazio interpretativo, la storia del progresso diventa cruciale, orientando le scelte intellettuali in riferimento al fondamento evolutivo del primitivismo sia come parallelo sia come rampa di lancio.

È qui che arriviamo alla quarta lezione, sulla «tecnica del diritto internazionale». Qui, Kelsen prende in considerazione aspetti del diritto internazionale, che sono stati la base per le critiche nel settore, non come fatti o sintomi di allontanamento concettuale da qualche ideale di diritto, ma come aspetti della particolare «tecnica» del diritto internazionale per assolvere alla funzione del diritto – per differenziare e legare illecito e sanzione. Ciascuno di questi aspetti si rivela essere anche parte della tecnica del diritto primitivo – portando a riflettere sul senso evolutivo del diritto internazionale – e stabilisce il grado per le ultime lezioni programmatiche.

Così, responsabilità «assoluta» contrapposta a «responsabilità per colpa» (*fault liability*). Kelsen ci dice che la responsabilità assoluta è considerata inappropriata «secondo le moderne vedute etiche», ma fa parte sia del diritto primitivo sia del diritto internazionale. A mano a mano che il diritto internazionale obbligherà più direttamente gli individui, ciò naturalmente scomparirà, come accadde quando il diritto moderno emerse dal primitivismo differenziando gli individui invece che semplicemente tribù o orde. Similmente, la «differenziazione della sanzione» tra illeciti civili e penali e il principio della proporzionalità.

«Nel diritto internazionale questa differenziazione della sanzione in pena ed esecuzione civile, che è così caratteristica del moderno diritto nazionale, manca. Questa differenziazione è estranea tanto al diritto internazionale quanto al diritto della comunità primitiva» (p. 35).

È la "decentralizzazione" del diritto internazionale e primitivo che sembra la cosa più significativa. Il diritto internazionale, come quello primitivo, manca di tribunali, di organi legislativi centralizzati ecc. Tutti questi sono forniti da un processo interattivo di mutua autotutela tra sovrani, per la quale il riconoscimento di nuovi sovrani fornisce l'esempio classico. Nessuno minaccia l'esistenza del diritto internazionale, tutti sono parte della sua specifica tecnica. E, cosa più importante, tutti probabilmente scompariranno con il naturale processo di sviluppo. «A mano a mano che l'obbligazione e l'autorizzazione diretta degli indivi-

dui da parte del diritto internazionale cresce, il confine tra diritto internazionale e diritto interno tende a scomparire» (p. 96). È questo che stabilisce l'agenda delle lezioni finali: essere presenti nella via dell'evoluzione già vista a livello nazionale lavorando per la centralizzazione e la creazione di un tribunale. In verità, egli afferma che «il prossimo stadio di sviluppo giuridico (dopo il primitivismo) è caratterizzato dalla centralizzazione dell'applicazione del diritto attraverso la creazione di tribunali» (p. 60). Le nostre scelte politiche devono essere guidate dall'esempio storico dell'evoluzione dal primitivo al contemporaneo.

Qualcosa di più sta però succedendo qui, una svolta più significativa verso il linguaggio. Nel processo di trasformazione di tutti questi aspetti specifici del diritto internazionale in "tecniche" per l'assolvimento di una funzione concettuale, Kelsen, lungi dal creare un mondo di forme o di pura teoria, si impegna per decostruire quasi ogni distinzione formale significativa per la tradizionale teoria del diritto internazionale. Questo era stato il progetto della terza lezione sulle relazioni tra Stato e diritto, continuato attraverso la quarta.

La distinzione tra diritto internazionale e diritto interno è la prima ad andare: essi differiscono solo nella tecnica e l'uno è su una traiettoria evolutiva verso il secondo. Questa conclusione conduce Kelsen a riconsiderare un numero di altri inganni disciplinari del diritto internazionale. Per esempio, la «teoria tradizionale» afferma che «i soggetti del diritto internazionale sono gli Stati e solo gli Stati, mentre i soggetti del diritto nazionale sono gli esseri umani» (p. 82). Kelsen spiega che questa formulazione è una falsa percezione:

«Il fatto che il diritto internazionale obbliga e autorizza gli Stati non significa che non obbliga e autorizza gli individui, ma solo che obbliga e autorizza individui i cui atti sono *interpretati* [cs. mio] come atti dello Stato. (...) il fatto che gli Stati sono i soggetti del diritto internazionale significa che il diritto internazionale obbliga e autorizza gli individui in una maniera speciale, diversa da quella in cui lo fa il diritto nazionale. Pertanto, diritto internazionale e diritto nazionale non regolano il comportamento di soggetti diversi, ma degli stessi soggetti; entrambi regolano il comportamento di individui. È la tecnica della regolazione che è differente» (p. 83).

O più avanti: «Sicché, l'affermazione che il diritto internazionale regola gli affari esteri e quello nazionale gli affari interni ha in realtà l'unico significato di una differenza tra la tecnica del diritto internazionale e quella del diritto nazionale» (p. 84).

E in verità, appare che la tecnica del diritto internazionale prevede

un ruolo per il diritto nazionale nella sua attuazione, una forma decentralizzata familiare dal diritto primitivo. Ma Kelsen prosegue oltre questa svolta verso la tecnica:

«Non è che il diritto nazionale regola certi affari perché essi sono affari "interni" dello Stato e il diritto internazionale regola certi affari perché essi sono "affari esteri"; è esattamente il contrario: certi affari sono affari interni dello Stato perché e in quanto essi sono regolati dal diritto nazionale; e certi altri affari sono affari esterni perché e in quanto sono regolati dal diritto internazionale» (p. 84).

Il nuovo orientamento pare andare dall'elemento concettuale a quello reale: ciò che conta è chi *di fatto* regola, non il quadro concettuale che noi abbiamo della questione; questo Kelsen è un realista, che sgonfia entusiasticamente vecchi formalismi. Ma ricordate: la questione di che cosa di fatto regola – se è diritto internazionale o meno – era essa stessa una scelta interpretativa, una posizione ideologica, non un fatto. La sola ragione dell'immagine era la metafora del primitivismo.

In questo modo, la manovra retorica di Kelsen è una manovra doppia: primo, stabilire l'esistenza del diritto internazionale come una questione di interpretazione più che di efficacia, e poi criticare le immagini contrarie dell'autorità per la loro distanza dalla realtà. Questo raddoppiamento è quanto mai evidente nella terza lezione. Kelsen comincia col definire lo Stato come una descrizione di una tecnica particolare, una tecnica centralizzata. Questa descrizione si lega ad una assai esplicita teoria evolutiva: «creando (...) organi speciali, centralizzando l'uso della forza, la comunità giuridica primitiva diventa uno Stato» (p. 59).

«La caratteristica essenziale di questo sviluppo da una comunità giuridica pre-statale ad una comunità giuridica statale è la centralizzazione del potere coercitivo in aggiunta alla sua monopolizzazione. Dal punto di vista giuridico (...) lo Stato non è altro che un ordinamento giuridico centralizzato o, in altre parole, una comunità costituita da un ordinamento giuridico centralizzato. (...) È esattamente nel grado di questa centralizzazione che la comunità giuridica dei primitivi – la comunità giuridica pre-statale – come quella internazionale – la comunità giuridica sovra-statale –, si distingue dalla comunità che *noi* chiamiamo "Stato"» (pp. 59-60).

Qui sono opportuni gli elementi della prima mossa, una tendenza interpretativa sostenuta da un mito evolucionista. A questo punto Kelsen comincia la sua risposta ai critici del diritto internazionale e in par-



ticolare ad Austin. Egli descrive l'essenza della tesi che egli rifiuterà in questo modo:

«Il così detto diritto internazionale non può essere classificato come "diritto" nello stesso senso del diritto nazionale (considerato come diritto *par excellence*) perché c'è una differenza di rilievo tra i due sistemi di norme. Questa differenza risiede nel fatto che dietro al diritto nazionale – il vero diritto – c'è lo Stato. (...) Sicché, secondo questa veduta, il diritto è un ordine il cui portatore, garante o creatore – qualche volta si usa anche l'espressione "fonte" – è lo Stato, una suprema autorità politica o potere politico che costituisce la relazione di sovra- e sottordinazione. (...) Questa linea argomentativa sta o cade con l'affermazione che il diritto internazionale non costituisce una relazione di superiorità e inferiorità come il diritto nazionale, ma una relazione di eguaglianza» (p. 63).

Ogni elemento di questa storia si rivelerà esser solo un'espressione metaforica: una volta che sia stata dissolta non v'è alcuna ragione di accettare la sua visione, miticamente fondata, del diritto internazionale. Egli comincia sostenendo che la relazione superiore/inferiore è, di fatto, solo "metaforica".

«Per quanto riguarda la relazione tra individui, essi sono sempre su una base di parità, in quanto sono tutti soggetti nello stesso grado ad un ordine superiore ad essi perché regola la loro condotta reciproca (...) Essi sono tutti obbligati e autorizzati dall'ordinamento; se l'ordinamento è un ordine giuridico, essi sono tutti soggetti giuridici, non importa quale sia la natura dei loro obblighi e dei loro diritti. Superiorità ed inferiorità, come dobbiamo ancora sottolineare, sono solo espressioni metaforiche. Esse segnalano solo un vincolo normativo, la relazione tra l'individuo e l'ordine normativo» (p. 64). Intese come tecniche diverse per la costruzione di un ordinamento che obbliga i singoli, non vi è «nessuna differenza tra il diritto internazionale e il diritto interno».

*Perché* i singoli obbediscono alle norme è da questo punto di vista irrilevante e probabilmente inconoscibile. «Per quale ragione si obbedisce alle norme ed esse vengono applicate non è importante per il problema della validità delle norme. Le norme possono essere obbedite perché si crede che sono espressione della volontà di Dio, o perché si desidera evitare la disapprovazione dei propri simili (...) o perché si teme l'atto di coercizione che l'ordinamento stesso imputa...». Non ostante la fonte insondabile di questa efficacia, proprio «l'efficacia di un ordinamento è il "potere" che, per dirla metaforicamente, sta dietro di esso» (p. 67).

Questa analisi ha una particolare importanza per la comprensione, da parte di Kelsen, dei due termini-chiave del diritto internazionale: "Stato" e "sovranità". Una comprensione letterale dello Stato viene criticata in entrambe le sue dimensioni significative: come fonte di autorità e come un confine tra diritto nazionale e internazionale.

«Se si parla del potere dello Stato si pensa probabilmente subito alle prigioni e alla sedia elettrica, alle armi e ai cannoni, e se si crede nell'interpretazione materialistica della storia, ai conti bancari degli industriali e alle loro fabbriche. Non si dovrebbe dimenticare, comunque, che tutte queste sono cose morte... Il potere non sono le prigioni e le sedie elettriche, le armi e i cannoni, i conti bancari e le fabbriche; il potere non è una sostanza, né una cosa distinta dall'ordinamento sociale, nascosta da qualche parte dietro di esso. Il potere sociale è solo l'efficacia di un ordinamento che regola la reciproca condotta degli individui» (pp. 68-9).

Per questo Kelsen, il potere è una figura linguistica che indica l'efficacia di un ordinamento la cui fonte sociologica non può essere vista. Trattare il "potere" o lo "Stato" come l'origine del diritto significa confondere la causa con l'effetto.

«Quale sia la base dell'efficacia di un ordinamento sociale, quali siano i motivi per l'obbedienza che gli viene prestata, quale sia il segreto del potere, sono problemi molto importanti dal punto di vista sociologico. Che noi li si possa oggi risolvere scientificamente, e se saremo mai in grado di risolverli, è dubbio. Ma ricade al di fuori del campo del problema della natura del diritto. (...) l'affermazione che dietro all'ordinamento giuridico c'è un potere significa solo che l'ordinamento giuridico è in grandi linee efficace, che le sue norme sono effettivamente osservate. (...) Lo Stato come potere dietro il diritto, come portatore, creatore o fonte del diritto, queste espressioni sono solo raddoppiamenti verbali del diritto come oggetto di conoscenza, quei tipici raddoppiamenti verso cui inclinano il nostro pensiero e il nostro linguaggio, come quelle presentazioni animistiche secondo cui nelle cose abitano delle "anime"; driadi, alberi, ninfe, fonti o, per fare un esempio tratto non solo dal pensiero dei primitivi ma anche da quello dei popoli civilizzati, il concetto di forza nella fisica moderna» (pp. 69-70).

O più avanti:

«Le caratterizzazioni metaforiche dello Stato come "creatore", "portatore", o "fonte" del diritto, possono significare solo che gli individui che vengono considerati come organi dello Stato creano il diritto. Ma questi individui possono essere considerati come organi dello Stato solo se sono autorizzati a fun-

zionare così dallo stesso ordinamento che essi creano. (...) Ancora di nuovo lo "Stato" che viene pensato dietro l'ordinamento giuridico si rivela essere lo stesso ordinamento giuridico, proprio come Dio, che è pensato dietro la natura (...) può essere concepito solo come questa stessa natura» (pp. 73-4).

Al tempo stesso, è un errore pensare letteralmente allo Stato come al confine tra nazionale e internazionale:

«lo Stato è concepito come esistente nello spazio e, di conseguenza, gli eventi vengono distinti in quanto verificantisi entro lo Stato e al di fuori dello Stato. Noi parliamo degli affari interni ed esteri dello Stato. L'oggetto del diritto interno è *dentro* lo Stato; l'oggetto del diritto internazionale è *al di fuori* dello Stato» (p. 82).

Tuttavia, egli afferma: «L'idea dello Stato come un corpo nello spazio che ha un "dentro" e un "fuori" è solo un'immagine» (p. 83). In verità, la metafora è un prodotto o un effetto della tecnica regolativa.

Kelsen ripete questa analisi per la "sovranità", concludendo che «nel mondo della realtà fisica non esiste nulla come la sovranità», che essa può solo indicare un'idea teologica e che «non c'è bisogno di dire che la sovranità in questo senso non trova posto nel regno della scienza» (p. 78).

La sua mossa finale arriva in qualche modo a sorpresa, perché sembra rimettere in sesto ciò che era stato eliminato in quanto insieme di modi di dire più che realtà. Se noi diciamo che vi è un "sovrano" o uno "Stato" dietro l'ordine giuridico interno, noi possiamo anche dire che

«dietro il diritto internazionale c'è la comunità giuridica internazionale costituita da questo ordine proprio come lo Stato sta dietro il "suo" diritto. E questa comunità giuridica internazionale può essere detta il portatore, il garante, la fonte del diritto internazionale nello stesso identico modo in cui lo Stato può essere chiamato il portatore, il garante, o la fonte del diritto nazionale» (p. 81).

Il punto è che «noi non dobbiamo mai dimenticare che queste sono tutte espressioni metaforiche, personificazioni, che non hanno alcun significato oggettivo» (p. 81).

In molti modi questo Kelsen è una figura familiare, più attuale del positivista che abbiamo ricordato. Questo Kelsen inizia quello che noi conosciamo come lo stile pragmatico della scienza politica. C'è il gergo della oggettività e della scienza, la posa del realista eroico, che sradica fantasie e mistificazioni per dire le cose come stanno. In questa lettura, l'ammirazione di Kelsen per Pound sembra meno malposta. Come

Morgenthau negli stessi anni<sup>36</sup>, Kelsen condivide molte cose della giurisprudenza sociologica. Troviamo anche una familiare svolta linguistica – che reinterpreta le vecchie forme dottrinali e le distinzioni teoretiche in un campo aperto di possibilità interpretativa –, che libera il diritto internazionale da quei modi di pensare che lo avrebbero lasciato abbarbicato ad un modo di fantasticare sul reale piú che radicato nella autorità politica fattualmente costruita.

In verità, Kelsen decostruisce le forme dottrinali del diritto internazionale in un campo plastico di retorica, radicato nel mondo reale, ma in un mondo reale la cui struttura e il cui movimento in qualche modo non possono o non devono essere conosciuti. Non è eccessivo pensare a ciò come ad un campo retorico autonomo, ancorato solo nella immaginazione.

Al tempo stesso, Kelsen ha un programma. Egli ha in comune con i piú tardi scienziati della politica una generale ambizione riformista, nonché l'attenzione per l'importanza della tecnica adeguata. Questa non è una disputa a favore della teoria, è una disputa a favore di un ordine giuridico piú centralizzato e per la creazione di un tribunale con giurisdizione vincolante. Forse ancora piú importante è che l'opera di interpretazione è stata trasformata in un terreno politico, dove Kelsen si aspetta che gli scienziati del diritto internazionale facciano le loro scelte. Persino quando ci orienta verso il reale, egli ci fa sapere che ciò che noi intendiamo del reale è una questione di nostra interpretazione. Una volta che i termini classici del diritto internazionale sono stati reintrodotti come scelte interpretative, è la classe intellettuale che è chiamata ad agire, come studiosi o avvocati, statisti o pubblicitari.

Ciò è ben noto anche dagli scienziati della politica che sarebbero venuti dopo, fino a quando la disciplina non sarebbe arrivata a sembrare poco piú che una discussione in corso per se stessa e con se stessa. Precisamente la questione che è stata messa da parte – è possibile il diritto tra sovrani? – diventa una questione di impegno, anche la questione cruciale dell'impegno, tra intellettuali che si occupassero di riforma internazionale. Precisamente i termini che Kelsen giunse a demistificare – sovrano e Stato – sono reintrodotti come impegni analoghi al nostro impegno per il diritto internazionale stesso, concetti distrutti che potrebbero essere salvati. Il risultato è il mondo ben noto del diritto internazionale pubblico nel mondo post-bellico, popolato da gente tanto personalmente impegnata a favore della sovranità e della statualità quanto insistente sulla loro demistificazione.

<sup>36</sup> Hans J. Morgenthau, *Positivism, Functionalism, and International Law*, "Am. J. Int'l. L.", vol. 34 (1940), pp. 260 ss.

Ed è questo impegno, naturalmente, che lascia Kelsen disponibile per coloro che volessero accogliere e ripetere questo atto contro di lui. È facile vedere la sua dedizione al diritto internazionale e alla sovranità, la sua fede nei tribunali, come cose irrealistiche, mistificazioni, forme, scelte personali e soggettive che verrebbero facilmente criticate in nome del realismo in tema di società internazionale.

Ma se dobbiamo leggere Kelsen come una disputa, dovremmo vedere il suo manifesto come un modello che sarebbe stato spesso ripetuto. Ed è in questo senso che dovremmo prestare particolare attenzione ai due tropi che egli adopera per stabilizzare il suo racconto: l'invocazione della violenza, se dobbiamo allontanarci dalla sua lettura, ed una semplice storia del progresso che suggerisce la inevitabilità delle sue proposte.

La violenza gioca un ruolo-chiave nella storia di Kelsen, ma non dove è più discussa, come demarcazione della presenza del diritto nella relazione tra illecito e sanzione. Il ruolo principale della violenza è molto più nebuloso: come il motivo e il contesto più ampi del libro. Le invocazioni nella introduzione e nella conclusione echeggiano un contesto – l'arrivo di Kelsen qui, la guerra europea in corso – che non c'è bisogno di menzionare.

Il problema non è di fare riferimento in particolare a questa guerra, come il diritto fa riferimento al fatto, ma di mobilitare la classe degli interpreti affinché si orientino verso la pace. Proprio come non c'è bisogno di conoscere l'origine del diritto, così non c'è bisogno di raggiungere lo scopo né il contesto mai specificato. Ciò che conta è la traiettoria in uno spazio retorico che ha perduto le sue frontiere sicure e le sue pietre miliari concettuali. È il primitivo che colloca la mossa verso il pragmatismo nel racconto storico dell'evoluzione. Qui il primitivo è critico non perché la periferia sia la scena dell'operazione del diritto internazionale, ma come garante mitico di scelte politiche adeguate.

Kelsen termina la quarta lezione promettendo che «noi possiamo ora rivolgerci al problema politico. Come si può assicurare la pace tra gli Stati nella struttura e con i mezzi della tecnica specifica del diritto internazionale?» (p. 122). La quinta lezione risponde alla domanda spostandosi verso un ordinamento giuridico internazionale centralizzato e, in definitiva, verso il federalismo. Egli conclude, comunque, riconoscendo che questo scopo per il momento deve restare utopistico e promette di essere più concreto nella sesta e ultima lezione:

«Dal punto di vista politico, l'unico problema serio è quale dev'essere il passo successivo da intraprendere se si vuole riuscire su questa strada. Ovviamente, all'inizio bi-

sognerebber metter su solo una unione internazionale di Stati. In questo contesto, il problema decisivo è quale direzione bisognerebbe dare alla centralizzazione nella costituzione della comunità internazionale da creare al fine di assicurare la pace internazionale meglio di quanto non abbia fatto la Lega delle Nazioni» (p. 144).

L'ultima lezione si prefigge di rispondere a questa questione in maniera decisiva e comincia con la semplice storia del progresso che guiderà lo sforzo:

«L'evoluzione del diritto dai suoi inizi primitivi al suo standard attuale è stata, da un punto di vista tecnico, un processo continuo di centralizzazione. La si può anche pensare come un processo di crescente divisione del lavoro nel campo della creazione e applicazione del diritto. Le funzioni della creazione del diritto e della applicazione del diritto, esercitate originariamente da tutti i membri della comunità, sono state gradualmente trasferite a particolari individui e vengono ora esercitate esclusivamente da loro. All'inizio, ogni individuo soggetto all'ordinamento giuridico partecipa a tutte le funzioni di creazione ed applicazione del diritto. Successivamente, si sono sviluppati organi speciali per le differenti funzioni (...) Nel campo del diritto, questo processo è caratterizzato dal fatto sorprendente che la centralizzazione della funzione di applicazione del diritto precede la centralizzazione della funzione di creazione del diritto. Molto prima degli speciali organi legislativi vengono (...) i tribunali» (p. 143).

Kelsen caratterizza questo movimento come una «legge dell'evoluzione». Egli descrive «una certa regolarità di evoluzione che trova la sua origine nella natura sociologica e specialmente socio-psicologica del diritto» e sostiene che

«Vi è forse nel campo sociale una certa analogia con il fenomeno chiamato legge biogenetica, cioè la legge secondo la quale l'embrione umano nel grembo attraversa gli stessi stadi che l'uomo come specie ha attraversato nel processo dell'evoluzione da una condizione di vita inferiore ad una superiore. Così forse la legge della comunità universale, internazionale, deve attraversare la stessa evoluzione attraverso cui è già passato il diritto della comunità particolare, il diritto nazionale» (pp. 148-9).

In definitiva, ciò si rivela più che un suggerimento:

«Questi fatti mostrano chiaramente che il diritto della comunità interstatale si sviluppa nella stessa direzione del diritto primitivo della comunità pre-statale» (p. 149).

E, cosa più importante, essi pongono la base di una politica efficace.

«Essi indicano anche la direzione nella quale un tentativo relativamente efficace può esser fatto per assicurare la pace internazionale sottolineando e rafforzando la tendenza data verso la centralizzazione. L'evoluzione naturale tende verso un giudiziario internazionale» (pp. 149-50).

Possiamo volere di più, ma la storia del progresso ci impone di essere modesti e realistici nelle nostre attese:

«Gli idealisti politici, i cui desideri si librano in volo al di là di questa possibilità verso uno Stato universale, dovrebbero tenere sempre in mente che il loro ideale è raggiungibile solo attraverso lo stadio intermedio della giurisdizione internazionale vincolante. La natura non fa salti; e così il diritto» (p. 151).

Kelsen finisce qui dove ha cominciato, con un manifesto che invita il suo pubblico ad unirsi a lui in una causa comune:

«Concentriamoci e mobilitiamo le energie di coloro che sono sposati all'idea della pace per creare una corte internazionale con giurisdizione vincolante, preparando in tal modo l'indispensabile requisito del raggiungimento di qualsivoglia progresso ulteriore (...) L'idea di diritto, non ostante tutto, sembra essere ancora più forte di qualsiasi altra ideologia del potere» (p. 151).

Se la strategia del discorso di Kelsen era tesa a consentirgli di collocarsi entro la corrente del pensiero pragmatico americano di diritto e politica internazionali, egli certamente ci riuscì. Gli si potrebbe solo rimproverare d'esser stato leggermente in anticipo sui tempi. La sua svolta dalla teoria alla pratica sembrava decisiva, era anzi la traiettoria centrale del suo discorso. La sua teoria era realista, aveva la testa dura. Il suo approccio al gergo penetrante e moderno. Il suo impegno per la costruzione di un ordine internazionale cosmopolita era sincero.

La difficoltà di Kelsen consisteva nel fatto che tutto ciò che prima era stato messo da parte veniva di continuo rimesso in circolo e che ciò lo faceva apparire idiosincratico ed anche un po' predicatore. Una difficoltà che avrebbe tormentato anche i suoi successori. L'impegno a favore del diritto internazionale, della sovranità, di un ordinamento di diritto internazionale pubblico, sarebbe rimasto semplicemente una questione di scelta individuale, di fede o di impegno; allo stesso modo le generazioni che si succedevano pensavano dello smascheramento ancora più sofisticato del formalismo dei loro predecessori in nome di un rinnovato orientamento pragmatico. Presto lo stesso Kelsen sarebbe stato relegato nell'oscurità mentre altri reinventavano la sua svolta verso il linguaggio.

Per tutti quelli che lo avrebbero seguito Kelsen si rifiutò sempre di adorare i falsi ideoli per la più sofisticata valutazione moderna della cultura e del linguaggio. Per loro fu un realista, profondo nella sua comprensione di statisti, sovrani e dei limiti del diritto internazionale. Ognuno avrebbe sentito la sua conversione alla lotta per l'ordine pubblico internazionale come se fosse stata la prima, avrebbe trovato necessario costruire la sua fede come dal nulla, avvertendo la modestia delle sue realizzazioni cosmopolite come prova del suo pragmatismo. Spronati dallo spettro della violenza e certi che la storia era dalla loro parte, gli internazionalisti che si misero sulle orme di Kelsen non si sarebbero accorti che un po' alla volta si andava facendo strada una politica internazionale alternativa, egualmente moderna, egualmente realista, ma impegnata a disorganizzare la sovranità, lo Stato e la possibilità di una politica internazionale pubblica.

DAVID KENNEDY  
*Harvard Law School, Cambridge (Mass.)*  
(traduzione di Angelo Di Giovanni)