

Francesco Viola

## Apporti della pratica interpretativa del diritto internazionale alla teoria generale dell'interpretazione giuridica

1. Alla domanda quale contributo la pratica interpretativa propria del diritto internazionale apporti allo sviluppo della teoria generale dell'interpretazione giuridica si è tentati di rispondere con una sola parola: "nessuno". Se così fosse, quest'articolo non sarebbe mai stato scritto e l'eventuale lettore sarebbe stato più libero di dedicare il proprio tempo ad occupazioni più piacevoli o più utili. Purtroppo questa risposta, anche se allettante, sarebbe ingiusta ed allora mi assumerò il compito di mostrarne il perché.

Sicuramente l'esperienza dell'attuale sviluppo del diritto internazionale sta contribuendo potentemente a destrutturare l'assetto compatto della teoria generale dell'interpretazione giuridica, se mai esso sia stato tale. È noto a tutti che il diritto internazionale sta lentamente, ma progressivamente, penetrando all'interno del diritto statale e non può più essere mantenuto in quella zona di penombra giuridica in cui per molto tempo l'ha confinato il primato del diritto statale. Ancora oggi le corti nazionali tentano di interpretare i trattati internazionali secondo le regole di diritto interno d'interpretazione delle leggi<sup>1</sup>. Tuttavia, nella misura in cui le norme internazionali sono incorporate nel diritto interno (come avviene in Italia secondo l'art. 10 cost.), allora si deve ritenere che le stesse norme internazionali sull'interpretazione devono essere applicate dal giudice nazionale. Queste norme, se corrispondenti al diritto internazionale consuetudinario, costituiscono parte del diritto interno con rango di sovralegalità e di infracostituzionalità. V'è anche il caso in cui il giudice nazionale è chiamato ad interpretare una norma consuetudinaria internazionale.

Quindi la situazione è la seguente: la costituzione costituisce pur sempre il controllo generale delle attività interpretative che non devono condurre a risultati non conformi ad essa, ma poi queste dovranno svolgersi secondo i particolari settori a cui appartiene la norma da interpretare. Di fatto è stato notato che i giuristi e i giudici nazionali tendono ad ignorare la pluralità del concetto di "norma positiva". È stato anche rilevato che il comportamento degli altri organi pubblici (amministrativi e legislativi) di solito è molto più conforme alle regole dettate dalla Convenzione di Vienna di quello degli organi giudiziari

<sup>1</sup> Cfr. M. Giuliano, T. Scorazzi e T. Treves, *Diritto internazionale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 341.

interni<sup>2</sup>. In ogni caso una teoria dell'interpretazione giuridica, che pur si voglia confinare al diritto interno, non potrà più ignorare la prassi interpretativa internazionale. Ma ciò ha necessariamente effetti destrutturanti, soprattutto perché l'interpretazione del diritto internazionale è una prassi che fatica a diventare una teoria, mentre quella del diritto nazionale è una teoria che spesso occultata una ben diversa prassi. Ed allora può darsi che ciò che si divide per la teoria s'incontri in qualche modo nella prassi. Sarà, infatti, questa una delle tesi di fondo che mi sforzerò d'illustrare.

2. Innanzi tutto devo appoggiare il mio discorso all'unico punto di riferimento stabile (o codificato) dell'interpretazione nel campo internazionale, cioè agli articoli 31 e 32 della già citata Convenzione di Vienna. Trascurerò del tutto l'art. 33, che riguarda l'interpretazione dei trattati autentici in due o più lingue, non già perché non sia importante ai fini della nostra questione. Al contrario non c'è dubbio che specie riguardo alla tematica dell'interpretazione come traduzione il contributo dell'esperienza internazionalistica è decisivo. Ma io non mi occuperò di quest'aspetto se non di sfuggita, sia per masochismo, cioè per rendermi più difficile il compito, sia perché già vi sono studi molto avanzati in proposito<sup>3</sup>. Ritengo, tuttavia, che l'aspetto estremamente fruttuoso dell'interpretazione come traduzione riguardi – come già ha segnalato Rodolfo Sacco – la traduzione-adozione, che si ha quando una lingua adotta una parola straniera e, per adottarla, adatta la parola importata alle regole della lingua adottiva. Il significato è lo stesso per le due parole. In tal modo una cultura giuridica si arricchisce di concetti importati da altre culture e si procede verso quella porosità e commistione tra le culture giuridiche che si spera possa condurre a dare sostanza all'espressione ancora troppo formalistica (e fittizia) di "comunità internazionale". Infatti, la differenza più macroscopica tra l'interpretazione nel diritto internazionale e quella in esercizio nel contesto del diritto interno è data proprio dall'assenza nel primo di una comune cultura di fondo che giustifichi le precomprensioni necessarie in ogni attività interpretativa. Ma su questo punto tornerò alla fine dell'articolo.

Il riferimento agli art. 31 e 32 della Convenzione di Vienna per opinione comune va al di là dello stretto riferimento al diritto dei trattati, a cui sono direttamente rivolti. Solitamente si ritiene<sup>4</sup> che tali articoli abbiano in qualche

<sup>2</sup> Per la situazione spagnola cfr. C. Fernández de Casadevante Román, *La interpretación de las normas internacionales*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 109.

<sup>3</sup> Per un primo orientamento sul tema rinvio al fascicolo n. 5 di "Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica", 2000, dedicato a *Traduzione e diritto*.

<sup>4</sup> Almeno questa è la convinzione più volte ribadita dalla Corte Internazionale di Giustizia. Qualcosa del genere è stato sostenuto anche per le nostre preleggi, intese come «una semplice codificazione dello stato di cose già per l'innanzi esistente secondo l'opinione comune», C. Mortati, *Valore giuridico delle disposizioni generali sulle fonti*

modo codificato la prassi generale dell'interpretazione maturatasi in campo internazionale, cioè l'attività interpretativa come consuetudine, trasfusa in diritto scritto per via di un'attenta ricostruzione da parte della Commissione di diritto internazionale (CDI)<sup>5</sup>. Se questa tesi fosse errata, allora sarei costretto a cambiare il titolo della mia relazione, restringendolo al diritto dei trattati. Ma in realtà, in ragione dell'impossibilità di separare nettamente il diritto scritto dal diritto non scritto, cioè dell'interconnessione strettissima tra convenzioni e consuetudini, la questione interpretativa dei trattati rinvia alla problematica generale dell'interpretazione del diritto internazionale.

La maggior parte delle controversie internazionali concerne questioni relative all'interpretazione dei trattati a partire dal senso delle parole scritte. Una consuetudine propriamente non s'interpreta, ma si "accerta"<sup>6</sup>. Tuttavia, nel momento stesso in cui si formula una regola consuetudinaria, per definizione non scritta, s'incorpora in essa una determinata interpretazione. Intendere un insieme di fatti come espressioni di una regola significa certamente interpretarli come manifestazioni di una norma determinata. Quindi, alla fin dei conti, si può affermare che il processo interpretativo sotto diversi aspetti riguarda tutto l'insieme dei comportamenti giuridicamente qualificati dei soggetti di diritto internazionale<sup>7</sup> (consuetudini, trattati, atti unilaterali, principi generali, norme istituzionali). Per i trattati abbiamo ora regole codificate, mentre esse non potrebbero mai essere esaustive per le consuetudini. D'altronde tra queste regole interpretative dei trattati possiamo chiaramente riconoscerne alcune applicate e applicabili alla rilevazione delle consuetudini (come, ad esempio, quella che valorizza il comportamento successivo delle Parti)<sup>8</sup>.

In generale si può affermare che nel diritto internazionale, a differenza di ciò che (erroneamente) sostiene la teoria giuridica per il diritto interno, l'operatività delle norme non può essere distinta dal processo della loro formazione. Ciò è palese nel caso della consuetudine, ma è altresì proprio in una certa misura anche delle altre fonti del diritto internazionale. Se, dunque, abbiamo regole specifiche per l'interpretazione dei trattati, ciò è possibile in quanto qui si trova il punto di maggiore vicinanza tra diritto interno e diritto internazionale. I trattati internazionali, come le leggi nazionali, sono prodotti

*del diritto nel nuovo codice civile* (1947), in Id., *Raccolta di scritti*, II, Giuffrè, Milano, 1972, p. 705.

<sup>5</sup> Che queste regole dell'interpretazione abbiano un'origine consuetudinaria sarebbe confermato dal fatto che molti giuristi ritengono si applichino anche alle Parti che non hanno aderito alla Convenzione di Vienna.

<sup>6</sup> Cfr. l'art. 38, par. 1, b, dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, che dà mandato a questa di applicare la consuetudine internazionale «come prova di una pratica generale accettata come diritto».

<sup>7</sup> J. Combacau e S. Sur, *Droit international public*, Montchrestien, Paris, 1995<sup>2</sup>, p. 170.

<sup>8</sup> Sul rapporto tra consuetudini e trattati nell'ottica dell'attività interpretativa cfr. S. Sur, *L'interprétation en droit international public*, LGDJ, Paris, 1974, p. 286, ss.

scritti di diritto volontario e possono, pertanto, considerarsi come dotati di un significato intenzionalmente precostituito a cui può rivolgersi un'attività interpretativa intesa in qualche modo come conoscenza oggettiva. È ovvio che è più facile dettare le regole di un'attività fondamentalmente cognitiva che guidare un'attività fondamentalmente discrezionale. È impossibile, però, specie nel diritto internazionale ridurre l'interpretazione ad attività esclusivamente descrittiva. Le stesse regole proposte ed usate non lo consentono. La loro codificazione rappresenta una tappa della lotta incessante per la certezza in un campo dell'esperienza umana che è costituito da interpretazioni d'interpretazioni.

3. Con queste precisazioni possiamo ora accostarci al tenore degli artt. 31 e 32 della Convenzione di Vienna.

Art. 31 Regola generale per l'interpretazione

1. Un trattato deve essere interpretato in buona fede in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo.
2. Ai fini dell'interpretazione di un trattato, il contesto comprende, oltre al testo, preambolo e allegati inclusi:
  - a) ogni accordo relativo al trattato e che sia intervenuto tra tutte le parti in occasione della sua conclusione;
  - b) ogni strumento disposto da una o più parti in occasione della conclusione del trattato ed accettato dalle altre parti in quanto strumento relativo al trattato.
3. Verrà tenuto conto, oltre che del contesto:
  - a) di ogni accordo ulteriore intervenuto tra le parti circa l'interpretazione del trattato o l'attuazione delle disposizioni in esso contenute;
  - b) di ogni ulteriore pratica seguita nell'applicazione del trattato con la quale venga accertato l'accordo delle parti relativamente all'interpretazione del trattato;
  - c) di ogni norma pertinente di diritto internazionale, applicabile alle relazioni fra le parti.
4. Si ritiene che un termine o un'espressione abbiano un significato particolare se verrà accertato che tale era l'intenzione delle parti.

Art. 32 Mezzi complementari di interpretazione

Si potrà ricorrere a mezzi complementari d'interpretazione, ed in particolare ai lavori preparatori ed alle circostanze nelle quali il trattato è stato concluso, allo scopo, sia di confermare il significato risultante dall'applicazione dell'articolo 31, che di definire un significato quando l'interpretazione data in base all'articolo 31:

- a) lasci il significato ambiguo od oscuro;
- b) porti ad un risultato chiaramente assurdo o non ragionevole.

Avverto subito che le considerazioni seguenti terranno presente come termine principale di raffronto più l'art. 12 disp. prel. al codice civile italiano che gli artt. 1362 e ss. riguardante – come si sa – l'interpretazione dei contratti. Questa scelta è motivata dal fatto che sia l'art. 12 (e, più in generale, le preleggi) del codice italiano sia gli artt. 31 e 32 della Convenzione di Vienna hanno assunto nell'ordinamento giuridico di riferimento un valore costituzionale e un imprevedibile prestigio<sup>9</sup>. Tuttavia quest'accostamento può lasciare molto perplessi, in quanto il termine di confronto più naturale per un trattato internazionale è il contratto di diritto privato. Ed infatti sotto molteplici aspetti vi sono analogie tra le due regolamentazioni dell'interpretazione. Una per tutte è la distinzione tra regola generale dell'interpretazione e mezzi complementari<sup>10</sup> che manca del tutto nell'art. 12, mentre si ritrova in certo qual modo nel rapporto tra l'art. 1362 e gli articoli seguenti. S'è, però, notato che i due gruppi di norme che regolano l'interpretazione dei contratti<sup>11</sup> indicano semplicemente un ordine di precedenza logica e non un rapporto di complementarità del secondo gruppo rispetto al primo, cioè dettano il percorso di un'attività interpretativa unitaria. Si vuole evitare l'ingorgo paralizzante e deviante di una pluralità di metodi applicati simultaneamente, ma l'obiettivo è sempre lo stesso, cioè quello di conquistare il significato del testo linguistico, sciogliendo la polisemia<sup>12</sup>.

In conclusione, almeno nei limiti dell'esclusivo riferimento al sistema giuridico italiano, la struttura della regolamentazione internazionale dell'interpretazione è una terza via tra quella nazionale dell'interpretazione della legge e quella dell'interpretazione dei contratti. Nell'art. 12 c'è una regola centrale e poi delle vie d'uscita subordinate in caso essa non abbia successo (analogia e principi generali). Invece, per l'interpretazione dei contratti si pone dapprima l'obiettivo interpretativo ("la comune intenzione delle parti") e poi una serie di metodi d'indagine progressivi. Nella regolamentazione internazionale la regola generale è integrata da mezzi complementari che non hanno alcuna autonomia

<sup>9</sup> Oggi è impossibile attribuire alle preleggi una forza costituzionale, come già d'altronde aveva notato V. Crisafulli, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVII, Giuffrè, Milano, 1968, p. 937.

<sup>10</sup> La regola generale «deve essere seguita», mentre i mezzi complementari «possono essere seguiti». Secondo Ago si tratta di due fasi: si ricorre alla seconda se la prima è insoddisfacente e lascia dubbi. Secondo altri si tratta di un unico processo, di cui la seconda tappa serve a perfezionare la prima. La differenza tra le due concezioni mi sembra irrilevante.

<sup>11</sup> Il primo gruppo va dall'art. 1362 all'art. 1366, mentre il secondo va dall'art. 1367 all'art. 1371. Il secondo entra in azione nel caso di dubbi, oscurità e ambiguità.

<sup>12</sup> Cfr. per questo tema N. Irti, *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 codice civile*, Cedam, Padova, 1996, pp. 139-148, dove si afferma l'opportunità di elaborare una teoria giuridica del dubbio interpretativo.

propria, ma possono essere messi in opera solo all'interno dei risultati raggiunti dall'applicazione della prima<sup>13</sup>.

Una prima cosa da notare è il fatto che la Convenzione di Vienna nel suo articolato pone prima la problematica dell'applicazione dei trattati (Parte III, sez. II) e poi quella della loro interpretazione (Parte III, sez. III). Non vale far rilevare che in fondo anche l'art. 12 delle preleggi è inserito sotto la rubrica "L'applicazione della legge", perché il suo carattere preliminare suggerisce l'idea che per applicare una legge si debba prima interpretarla. Qui, invece, l'interpretazione è intesa chiaramente come un problema che sorge all'interno di un processo di applicazione già in atto. Il conflitto interpretativo è nella sostanza un aspetto essenziale della problematica attinente all'esecuzione di un trattato e, quindi, fa tutt'uno con questa. Ciò vuol dire che l'interpretazione è un'attività propria di tutti i soggetti del diritto internazionale e non già soltanto degli organi giurisdizionali. Questo è un aspetto del tutto evidente nel diritto internazionale e del tutto assente ufficialmente nel diritto statale. In questo c'è solo un'attività interpretativa che conta, quella dei giudici, ed è a questa che è diretta la regolamentazione. Conseguentemente la teoria generale dell'interpretazione giuridica s'è disinteressata del modo in cui i cittadini debbano intendere le leggi, lasciando ciò alla sociologia giuridica. Ma per il diritto internazionale il problema cruciale è come gli Stati e gli altri soggetti di diritto intendano e debbano intendere le fonti di diritto.

L'obiettivo fondamentale dell'art. 12 delle preleggi era quello di regolare i poteri del giudice e il suo rapporto con il legislatore. La lunga storia della sua formazione mostra chiaramente la preoccupazione di disciplinare il rapporto tra potere legislativo e potere giudiziario alla luce della teoria della separazione dei poteri. Sarebbe, pertanto, improprio considerare tale norma come avente ad oggetto semplicemente i criteri per l'interpretazione della legge destinati a tutti gli interpreti<sup>14</sup>. Ovviamente altro è il problema di ciò che avviene di fatto. E – a mio parere – la migliore descrizione di ciò che avviene di fatto ci è fornita da Fuller in *Anatomy of Law*, quando nota che le norme autoritative fornite del test di validità sono solo la superficie del diritto. Il diritto esplicito è sostenuto nella realtà da un diritto implicito costituito da una rete di tacite precomprensioni e di convenzioni non scritte, ma radicate nell'interazione sociale. Il significato e il contenuto della legge dipende dall'interazione fra cittadini e funzionari. Ci si aspetta che la comprensione da parte dei cittadini di ciò che la legge richiede

<sup>13</sup> Tuttavia non bisogna sottovalutare la notevole discrezionalità che implica il giudizio di ambiguità, oscurità, assurdità e, soprattutto, non ragionevolezza dell'esito interpretativo. Cfr. O. Cortén, *L'interprétation de "raisonnable" par les juridictions internationales: au-delà du positivisme juridique?*, in "R.G.D.I.P.", 1998, 1, pp. 5-44.

<sup>14</sup> Cfr. G. Gorla, *I precedenti storici dell'art.12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale)*, in "Foro italiano", 1969, V, p. 112 e ss.

debba essere anticipata dai funzionari che devono considerare come i cittadini l'useranno all'interno del loro ragionamento pratico. In caso contrario la legge non sarà in grado di essere guida della loro azione e non raggiungerà i suoi obiettivi sostanziali. I cittadini sanno che l'esistenza della legge dipende da come essi comprendono cosa la legge si aspetti da loro, ma ciò a sua volta dipende da come essi si aspettano che i funzionari interpretino la legge. A loro volta questi ultimi devono comprendere e interpretare la legge secondo quello che i cittadini si aspettano che essi facciano. V'è così una sorta di *reciprocità* tra legislatore, giudice e cittadino<sup>15</sup>. In quest'ottica le regole ufficiali dell'interpretazione possono essere intese come dirette a neutralizzare la variabile imprevedibile dell'intervento giudiziario.

Nel diritto internazionale non c'è un'autorità centrale e, di conseguenza, è assente l'obbligatorietà della giurisdizione. La comunità internazionale funziona prevalentemente attraverso il meccanismo dell'autoregolazione. L'analisi della pratica arbitrale e giudiziale dimostra che il ricorso ai metodi giuridici di soluzione delle controversie in materia d'interpretazione è eccezionale, tranne il caso di accordo previo delle Parti discordanti o che esse siano capaci di risolvere la controversia mediante un accordo interpretativo. In caso contrario la controversia rimane irrisolta e la norma pattizia disapplicata. Per evitare quest'esito gli Stati, in alcuni trattati multilaterali, prevedono un organo apposito incaricato di risolvere i problemi interpretativi<sup>16</sup>. Se, pertanto, la Corte Internazionale di Giustizia vuole invogliare gli Stati a ricorrere alla sua giurisdizione, deve far mostra di non creare diritto, ma di applicare quello già esistente, altrimenti gli Stati vedrebbero minacciata la loro sovranità. In tal modo in una certa misura è controllata la maggiore possibilità di creare diritto propria del giudice internazionale. Più il giudice internazionale si abbandona alla libertà interpretativa, più resta disoccupato, cioè è meno affidabile, e perde di prestigio<sup>17</sup>. Questa volta il giudice non è controllato dal legislatore, ma da quelli stessi a cui le norme si applicano. Si configura, pertanto, un terzo modello dell'interpretazione giuridica: accanto al modello governato dal diritto del legislatore, proprio dei sistemi di *civil law*, e al modello governato dal diritto dei giudici, proprio dei sistemi di *common law*, v'è il modello dell'interpretazione autoregolata.

In ogni caso, dopo la Convenzione di Vienna, gli Stati si sono in un certo

<sup>15</sup> Cfr. L. L. Fuller, *The Implicit Law of Lawmaking*, in Id., *The Principles of Social Order*, a cura di K. J. Winston, Duke U. P., Durham (N.C.), 1981, pp.158-168 e G. J. Postema, *Implicit Law*, in "Law and Philosophy", 13, 1994, pp. 361-387.

<sup>16</sup> Cfr. C. Fernández de Casadevante Romani, *op. cit.*, pp. 36-39.

<sup>17</sup> È dimostrato che gli organismi giudiziari internazionali risultano più imparziali quando i loro membri sono giudici di professione e meno quando sono giuristi di professione, pur essendo in entrambi i casi nominati come rappresentanti di Stati. È stato anche notato che i tribunali arbitrali si attengono più fedelmente alle prescrizioni della metodologia interpretativa. Cfr. Ivi, p. 252.

senso auto-obbligati a giustificare le loro interpretazioni unilaterali con i criteri dettati dagli artt. 31 e 32 e i giudici internazionali sono chiamati (quando lo sono) a giudicare in quest'ottica della correttezza delle loro interpretazioni. Tutto il diritto internazionale si può intendere come un'impresa generale di coordinazione spontanea delle interpretazioni dei soggetti di diritto<sup>18</sup>.

In questa luce, cioè in considerazione del fatto che i soggetti interpretanti sono eminentemente coloro a cui il diritto si applica, si comprendono meglio alcune caratteristiche peculiari del percorso interpretativo tracciato dagli artt. 31 e 32.

4. La struttura dell'art. 31 è la seguente: buona fede, senso corrente, oggetto e fine, contesto, pratica successiva, regole internazionali. Dell'intenzione delle parti si parla alla fine per dire essa può condurre a dare ad un termine un senso speciale. E questo può a prima vista apparire paradossale, poiché in un contratto l'intenzione dei contraenti è l'oggetto da interpretare e il suo nucleo essenziale. Ed infatti del rispetto dell'intenzione delle Parti si parla nella Convenzione di Vienna in più punti, ma stranamente essa quasi scompare negli articoli sull'interpretazione. La successione dei criteri induce a pensare che si sia abbracciata una concezione oggettivistica dell'interpretazione, dando all'intenzione delle Parti solo un senso secondario<sup>19</sup>. È interessante constatare che la discussa e discutibile massima *in claris non fit interpretatio* ha avuto un'ampia diffusione, se non addirittura origine, in campo internazionalistico ad opera di Vattel<sup>20</sup>.

Per ritornare al nostro termine di paragone possiamo dire che l'intenzione delle Parti è trattata in modo più simile all'art. 12 delle preleggi che all'art. 1362 cod. civ., cioè essa ha rilievo attraverso dei criteri prefissati (senso corrente delle parole, oggetto e fine dell'accordo, contesto e pratica successiva) e non già al di là di essi, se non nei casi ancora dubbi (lavori preparatori). È preclusa, pertanto, ogni indagine ulteriore alla ricerca dell'effettiva intenzione delle Parti. Ciò che conta non è ciò che le Parti hanno realmente voluto, ma ciò

<sup>18</sup> Sulla definizione del diritto come impresa di coordinazione delle azioni sociali cfr. F. Viola e G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2000<sup>2</sup>.

<sup>19</sup> Cfr. A. Remiro Brotons, *Derecho Internacional Público*, II, Tecnos, Madrid, 1987, p. 309 e J. A. Carrello Salcedo, *Curso de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 163 ss. Sulla concezione oggettivistica dell'interpretazione cfr. A. Favre, *L'interprétation objectiviste des traités internationaux*, in "Annuaire Suisse de Droit International", 1960, pp. 75-99.

<sup>20</sup> E. de Vattel, *The Law of Nations or the Principles of Natural Law* (1758), trans. C. G. Fenwick, "The Classics of International Law" n. 4, vol. 3., The Carnegie Institution, Washington, D.C., 1916, p. 199.

che si desume abbiano voluto sulla base dell'applicazione di quei criteri<sup>21</sup>. L'obiettivo chiaramente è quello di dare stabilità alle regole internazionali, di massimizzare l'affidamento e di promuovere la cooperazione.

5. Anche il riferimento al senso delle parole va nella stessa direzione. C'è, infatti, differenza tra il "senso comune delle parole" e il "senso letterale delle parole". È evidente che anche qui l'accostamento più ovvio è con l'art. 12 delle preleggi piuttosto che con l'art. 1362. L'art. 12 parla di "significato proprio delle parole". Il senso letterale, in nome del principio dell'ultraletteralità (art. 1362 c.c.), può essere scavalcato per andare verso la comune intenzione delle parti, ma ciò non è permesso nei confronti del "senso proprio" delle parole. Questo indica – come ha notato Irti – il *significato corretto*, quello che è più appropriato e congruo alla materia in esame. Tale significato si precisa e determina nel contesto verbale e con ciò stesso non è disponibile a piegarsi ad un'indagine sull'intenzione del legislatore. «La letteralità è più cedevole della proprietà di senso. La proprietà irrigidisce il testo, adempiendo così un compito non diverso dalle definizioni convenzionali e dalle altre tecniche, con cui le parti proteggono il senso delle parole contro l'indagine soggettiva»<sup>22</sup>. Si può, pertanto, parlare del principio della *proprietà semantica* come confine invalicabile all'uso della *mens legis*. Tuttavia la Convenzione di Vienna non parla di "significato proprio", ma di "senso comune".

Il "senso comune" non è esattamente il "significato proprio", pur essendo più vicino a questo che al "senso letterale". Il senso comune fa riferimento all'uso corrente di un codice linguistico, in cui la produzione di significati è correlata alle situazioni e ai contesti entro cui avviene l'atto linguistico. Quest'uso è comune nel senso di "condiviso", in quanto si considera appropriato alla circostanza e all'intenzione di comunicare in riferimento a questa. Ma non si tratta necessariamente, e neppure fondamentalmente, di un'appropriatezza tecnico-giuridica, quanto piuttosto di un'appropriatezza imposta dall'uso. Il "significato proprio" conserva, invece, l'eco della convinzione remota che il linguaggio delle leggi debba essere almeno in parte tecnicizzato, cioè nutrito di una tradizione secolare che lo rende ben controllabile e rafforza la certezza del diritto. Il "significato proprio" apparterebbe più al linguaggio settoriale del diritto che al codice linguistico generale. Ovviamente non si può tracciare una distinzione ben netta tra "significato proprio" e "significato comune", e tuttavia non sono esattamente la stessa cosa. Dietro il primo si percepisce il brusio di una millenaria tradizione giuridica attaccata al rito e alla formula. Dietro il secondo c'è l'esigenza della

<sup>21</sup> La "volontà dello Stato" è una costruzione dell'interprete. Cfr. C. Fernández de Casadevante Romani, *op. cit.*, p. 178.

<sup>22</sup> N. Irti, *op. cit.*, p. 155.

cooperazione e dell'affidamento reciproco all'interno di problematiche d'interesse comune.

La regola del senso ordinario<sup>23</sup> implica che il testo del trattato deve essere considerato come la base principale, seppur non esclusiva, dell'interpretazione. Ciò trasforma – come già s'è notato – l'intenzione soggettiva in intenzione costruita che non è altro che una finzione<sup>24</sup>. Il principio di testualità è, dunque, fondamentale per l'interpretazione dei trattati. Se il testo è chiaro, sulla base del significato ordinario delle parole, allora è esso stesso una manifestazione dell'intenzione delle parti. Il primo problema non è ciò che le parti intendevano con il testo, ma ciò che il testo significa. «No English judge looks under the bed»<sup>25</sup>. Tuttavia non dobbiamo dimenticare che il senso comune non è quello letterale o grammaticale, poiché è costruito dall'intervento di altri principi a cui è necessario qui fare qualche cenno.

Il ritrovamento del senso comune presuppone un'interpretazione in buona fede e non deve determinarsi in astratto, ma nel contesto e in riferimento all'oggetto del trattato. A questi bisogna aggiungere i principi d'integrazione<sup>26</sup> e di contemporaneità<sup>27</sup>.

6. Per quanto riguarda il principio della buona fede, debbo subito notare che secondo il dettato del testo («un trattato deve essere interpretato in buona fede») esso riguarda innanzi tutto l'atteggiamento dell'interprete in quanto tale, a riprova che i principali destinatari della regola interpretativa sono gli Stati e non i giudici<sup>28</sup>. L'art. 1366, invece, dice che «il contratto deve essere

<sup>23</sup> Il riferimento al "senso naturale" delle parole è costante nella tradizione della dottrina giuridica, ma è sempre inteso come riferimento all'uso corrente e non già al senso letterale o grammaticale. Lo affermano esplicitamente Suarez, Grozio, Pufendorf e Vattel. Per le citazioni relative rinvio a M. S. McDougal, H. D. Lasswell, and J. C. Miller, *The Interpretation of Agreements and World Public Order. Principles of Content and Procedure*, Yale U. P., New Haven, 1967, pp. 216-217.

<sup>24</sup> Cfr. S. Sur, *op. cit.*, p. 256, dove si potrà constatare quanto profondamente i lavori della CDI abbiano influito sulla codificazione di queste regole interpretative.

<sup>25</sup> Il giudice Holmes ha notato che il compito dell'interpretazione non è quello di scoprire l'intento particolare che l'individuo ha in mente, ma piuttosto di chiedersi: che cosa significano queste parole nella bocca di un normale parlante la lingua inglese? Cfr. *The Theory of Legal Interpretation*, in "Harvard Law Review", 12, 1899, pp. 417-418.

<sup>26</sup> Questo principio si basa sul presupposto ideologico dell'unità del diritto internazionale e stabilisce una presunzione di carattere dichiaratorio delle regole particolari in rapporto alla regola generale. In tal modo i trattati s'inseriscono nel diritto consuetudinario preesistente. Cfr. J. Combaucou e S. Sur, *op. cit.*, pp. 177-178.

<sup>27</sup> Questo principio si rivolge alle circostanze storiche e temporali in cui è stato concluso il trattato.

<sup>28</sup> Sulla questione se l'interpretazione nel diritto internazionale sia una funzione giuridica autonoma cfr. S. Sur, *op. cit.*, p. 70 ss.

interpretato secondo buona fede», invitando i giudici a far riferimento all'atteggiamento dei contraenti.

È appena il caso di ricordare che il principio della buona fede ha un carattere strutturale nel diritto internazionale. È solennemente affermato nell'art. 2.2 dello Statuto dell'Onu e la risoluzione 2625 (XXV) del 24 ottobre 1970 afferma che i principi incorporati nella *Dichiarazione sopra i principi di diritto internazionale riguardanti le relazioni di amicizia e di cooperazione tra gli Stati in conformità alla Carta delle Nazioni Unite* costituiscono principi basilari del diritto internazionale in generale. Dunque, il principio di buona fede ha un'origine consuetudinaria e anche una base convenzionale. Nella Convenzione di Vienna ha un ruolo pervasivo fondamentale fin dal proemio, che lo annovera tra i principi "universalmente riconosciuti", e si estende per tutte le tappe di sviluppo di un trattato, dalla fase iniziale della negoziazione a quella finale dell'esecuzione (artt. 18 e 26). Resta aperta la travagliata questione del suo fondamento ultimo.

Ciò che rende la buona fede così cruciale è – come ha notato la CDI<sup>29</sup> – la sua stretta connessione al principio fondamentale *Pacta sunt servanda*. Come immaginare un sistema giuridico fondato sul principio della mala fede? Se vi è mai un diritto internazionale, la buona fede deve essere presupposta, solo la mala fede deve essere dimostrata. In ragione di questo carattere strutturale, che ne fa una sorta di legge naturale procedurale<sup>30</sup>, la buona fede appartiene alle condizioni di possibilità del diritto internazionale. Come per il diritto interno il principio di autorità poggia sulla legittimità dell'autorità stessa, così nel diritto internazionale l'obbligatorietà delle norme poggia anche sulla buona fede di coloro a cui esse si applicano<sup>31</sup>. Tuttavia è molto difficile dare contenuti precisi a questo principio, uscendo dalla vaghezza<sup>32</sup>. Poco male; se si potessero determinare i principi, non sarebbero più tali. Non si può intendere la "buona fede" del diritto internazionale con le categorie civilistiche. Non si può applicare allo Stato il *topos* del "buon padre di famiglia" nel senso, ad esempio, del Codice civile francese.

Pur non potendosi specificare a priori quali contenuti debba avere la buona fede (parlare di sincerità, lealtà, correttezza, rettitudine, onestà non ci farebbe

<sup>29</sup> Cfr. CDI, *Anuario*, 1966, vol. II, p. 229 ss.

<sup>30</sup> Kantorowicz ha notato che l'utilizzazione da parte del giudice di nozioni come la buona fede o l'equità è il segno del rinvio ad un metodo non positivista. Cfr. H. Kantorowicz, *La lotta per la scienza del diritto*, Sandron, Milano, 1908, pp. 113-134.

<sup>31</sup> Per la critica di una giustificazione di questi principi fondamentali basata sulla teoria dell'interazione strategica e a favore del loro carattere morale cfr. F. R. Tesón, *A Philosophy of International Law*, Westview Press, Boulder, Co., 1998.

<sup>32</sup> Lamenta la grande imprecisione di questo principio S. Sur, *op. cit.*, p. 306 ss., dove si troveranno anche gli inutili tentativi fatti per formulare in modo più preciso il principio della buona fede.

fare alcun passo avanti<sup>33</sup>), ed essendo essa un'obbligazione di comportamento, possiamo forse individuare procedure per accertare la sua presenza e procedure per evitare comportamenti in mala fede. Possiamo allora ritenere che gli artt. 31 e 32 dettino le procedure per condurre attività interpretative in buona fede. Si può forse affermare che tutti i metodi interpretativi specificati in successione siano un'esplicitazione di cosa significhi interpretare in buona fede.

7. Il primo di questi criteri è il riferimento all'oggetto e allo scopo del trattato, cioè all'interpretazione teleologica, che – come si sa – non è in senso proprio prevista dall'art. 12 delle preleggi. Un trattato deve essere interpretato alla luce dell'obiettivo generale che s'intende raggiungere, cioè della *ratio* della convenzione. In questo senso si deve prescindere dall'intenzione soggettiva delle Parti e si deve mirare ad interpretare il trattato in modo che esso possa avere effetto (*ut res magis valeat quam pereat*)<sup>34</sup>. Di conseguenza l'interprete giurisdizionale conquista una maggiore libertà nella misura in cui si sente autorizzato a colmare le lacune, correggere gli errori del testo per eliminarne le oscurità o ambiguità.

Bisogna qui ricordare che anche nei contratti di diritto privato si nota un certo declino della comune intenzione delle parti a vantaggio di una rigidità del testo ai fini di una funzionalità tecnica che rende inutile ogni indagine sulle intenzioni soggettive. Ciò avviene proprio nella misura in cui le parti sono lontane nello spazio oppure sono folle anonime, come, ad esempio, i rapporti fra imprenditori di paesi e culture differenti o tra essi e la massa dei consumatori. Allora la parola si spersonalizza, il gesto diviene eloquente, il significato prefissato e calcolabile, l'interpretazione superflua<sup>35</sup>. Non c'è da stupirsi se sono proprio i traffici internazionali a portare nel diritto interno istanze già presenti nel diritto internazionale.

È dubbio che sia propriamente esatto parlare di "interpretazione teleologica", poiché in realtà l'aspetto propriamente teleologico riguarda l'argomento che viene usato per interpretare. E questo argomento, a sua volta, può avere due obiettivi: quello della determinazione dello scopo della legge e quello della congruità dei mezzi rispetto al fine che essa si propone<sup>36</sup>. La *ratio legis* può essere intesa in tanti modi<sup>37</sup>. Di per sé potrebbe darsi una versione soggettivistica della *ratio legis* nel senso della *mens legis* o *legislatoris*. Su di

<sup>33</sup> Cfr. J. F. O'Connor, *Good Faith in International Law*, Dartmouth, Aldershot, 1991.

<sup>34</sup> Cfr. G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the ICJ 1951-1954: Treaty Interpretation and Other Treaty Points*, in "British Yearbook of International Law", 1957, p.208.

<sup>35</sup> Cfr. N. Irti, *op. cit.*, pp. 183-190.

<sup>36</sup> Cfr. N. MacCormick and R. S. Summers, *Interpreting Statutes. A Comparative Studies*, Dartmouth, Aldershot, 1991.

<sup>37</sup> Cfr. A. Moscarini, *Ratio legis e valutazioni di ragionevolezza della legge*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 10-50.

questa uno Stato contraente potrebbe fondare la sua interpretazione unilaterale del trattato. In questo senso lo scopo sarebbe strettamente collegato all'intenzione<sup>38</sup>. Tuttavia il senso generale dell'art. 31 è quello di vincolare l'interprete ad un criterio oggettivo, come d'altronde è ribadito dal riferimento al contesto (da intendersi sia in senso verbale sia in senso situazionale). Però quest'orientamento deve essere coniugato con il dato di fatto dell'assenza della distinzione tradizionale fra trattati-legge e trattati-contratto nella Convenzione di Vienna. Ciò vuol dire che si è sposata la tesi dell'unità del regime giuridico dei trattati, che possono contenere al loro interno clausole di tipo diverso, alcune di tipo contrattuale e altre di tipo legislativo. Di conseguenza l'oggetto o lo scopo di un trattato è qualcosa da determinarsi in concreto di volta in volta, anche tenendo presenti le circostanze di fatto e di diritto, e non già sulla base di classificazioni o categorizzazioni presupposte in generale e a priori.

Nel diritto internazionale bisogna, allora, abbandonare l'obiettivo di codificare una rigorosa connessione tra la natura giuridica degli atti e i metodi interpretativi adeguati. La determinazione dello scopo dell'atto giuridico, a seconda dei soggetti interpretanti, porta con sé inevitabilmente un aspetto "politico", consistente nel valutare il legame delle norme con le circostanze, e conferisce alla scienza giuridica un carattere frammentario ed empirico<sup>39</sup>. Il rifiuto dell'intenzionalismo e l'adozione di una metodologia interpretativa teleo-sistematica permette di imporre agli Stati obblighi che vanno ben al di là delle loro intenzioni iniziali, conferendo all'interpretazione un potere produttivo di diritto<sup>40</sup>. Ciò è evidente nel caso degli organi giurisdizionali della Comunità europea in materia di effetto diretto delle direttive.

È stato notato che il ruolo della Corte internazionale sembra più simile a quello di una Corte costituzionale che di una Corte di diritto comune<sup>41</sup>. Il rilievo dell'interpretazione teleologica e il finale, per quanto secondario, appello al criterio della ragionevolezza ne sono una conferma. E tuttavia l'assenza di una costituzione internazionale fa venir meno l'unico vincolo che ancora resta all'opera creativa delle Corti costituzionali. Sembra che l'alternativa sia quella tra il paradigma Westfalia e il governo internazionale dei giudici. Ma la realtà è ben più complessa e articolata.

<sup>38</sup> Trascurare lo scopo che ha condotto la Parte ad agire significa disattendere la sua intenzione. Già Vattel l'aveva sottolineato chiaramente (Cfr. M. S. McDougal et. al., *op. cit.*, p. 158). Ma Lauterpacht ha notato che il principio dello scopo o dell'effettività può essere chiamato in causa solo quando l'intenzione è dubbia.

<sup>39</sup> Cfr. S. Sur, *op. cit.*, pp. 260-263. Per la considerazione dell'interprete come un *decision-maker* e per la sua conseguente ostilità nei confronti di ogni accurata definizione dei principi procedurali che ha di fatto impiegato cfr. M. S. McDougal et. al., *op. cit.*, p. 270.

<sup>40</sup> Cfr. J. Combacau e M. S. Sur, *op. cit.*, p. 179.

<sup>41</sup> Cfr. S. Sur, *op. cit.*, p. 320.

8. Un fattore nuovo, che finora non abbiamo considerato, è rappresentato dal processo d'istituzionalizzazione della comunità internazionale. Il motore principale di questo sviluppo è dato dall'esistenza di interessi vitali comuni di ampia portata che sono oggetto di trattati multilaterali, la cui ampiezza normativa tende ad estendersi anche agli Stati terzi. La cristallizzazione della norma istituzionale avviene attraverso il concorso congiunto del consenso individuale dello Stato e del consenso generale degli Stati. In tal modo regole che hanno un'origine pattizia diventano, per un processo che ha qualcosa di consuetudinario<sup>42</sup> (a riprova dell'interconnessione tra le fonti del diritto internazionale), norme imperative generali. Alcune di esse assumono anche un carattere d'inderogabilità e di limite invalicabile per la stessa validità dei trattati<sup>43</sup>. Lo *jus cogens*, di cui non si possiede alcun criterio sicuro d'identificazione<sup>44</sup>, è un'ovvia conseguenza di un sistema giuridico privo di un'autorità centrale. Se vogliamo evitare lo Stato mondiale, dobbiamo concedere maggior affidamento all'autorità della ragionevolezza. Questo processo di moralizzazione del diritto internazionale è uno dei modi in cui esso in certo qual modo si costituzionalizza, mentre l'altro è rappresentato dal policentrismo delle organizzazioni internazionali<sup>45</sup>.

D'altra parte le norme istituzionali in generale, nonostante la loro cristallizzazione, restano particolarmente sensibili al mutamento delle circostanze, manifestando una flessibilità ben maggiore di quelle del diritto interno. Così, ad esempio, il principio del non intervento ha assunto un senso diverso nel contesto della fine dei blocchi e della guerra fredda. Ancora una volta nel diritto internazionale l'attività interpretativa in quanto funzione diffusa contribuisce alla formazione e alla costituzione della regola.

<sup>42</sup> È ormai cosa assodata che l'*opinio juris* degli Stati si manifesti attraverso le risoluzioni dell'Assemblea delle Nazioni Unite. Cfr. C. Fernández de Casadevante, *op. cit.*, p. 147.

<sup>43</sup> Lo *jus cogens* è «una norma accettata e riconosciuta dalla comunità internazionale degli Stati nel suo insieme, come norma alla quale non è permessa alcuna deroga e che non può essere modificata se non da una nuova norma di diritto internazionale generale, che abbia lo stesso carattere» (art. 53).

<sup>44</sup> Le poche norme, su cui s'è manifestata questa convergenza, sono sicuramente: il divieto dell'uso della forza armata nelle relazioni internazionali, il principio dell'autodeterminazione dei popoli, le violazioni gravi e sistematiche dei diritti umani. Ma certamente non sono le uniche norme di *jus cogens*. L'assenza di un criterio d'identificazione conferisce all'interpretazione giudiziale un ruolo non puramente ricognitivo.

<sup>45</sup> Sulla configurazione policentrica della comunità internazionale cfr. M. Walzer, *Società internazionale: qual è la cosa migliore che possiamo fare?*, in "Ars interpretandi", 5, 2000, pp. 231-248.

9. Finora abbiamo esaminato alcuni punti della metodologia interpretativa codificata nel diritto internazionale con alcuni confronti tratti dal diritto interno, constatando analogie e differenze. Ma ora è necessario soffermarci su un punto decisamente originale che ci permetterà di comprendere meglio il ruolo peculiare dell'interpretazione nell'ambito internazionalistico. Mi riferisco in particolare all'*interpretazione autentica*.

Abbiamo insistito sul fatto che nel diritto internazionale i soggetti dell'interpretazione non hanno tra loro quell'omogeneità che è dato riscontrare nel diritto interno. Possono essere gli Stati, le Organizzazioni internazionali, le giurisdizioni internazionali e gli organi interni degli Stati (e forse a questi bisogna aggiungere gli individui nella misura in cui la problematica dei diritti conferisce loro diretti mezzi giuridici di tutela). Di conseguenza l'interpretazione può essere autentica, quando è compiuta dal soggetto stesso la cui volontà contribuisce alla formazione della regola (o quasi-autentica quando non è espressa, ma è tratta dalla pratica effettiva o dal silenzio); può essere esecutiva o istituzionale, quando è compiuta dagli organi delle organizzazioni internazionali, e giurisdizionale, che a sua volta può avere un carattere obbligatorio o consultivo<sup>46</sup>.

L'interpretazione autentica può essere unilaterale o collettiva. Quest'ultima, a sua volta, può avere un carattere conflittuale oppure un carattere concorrente, quando è possibile armonizzare in qualche modo (in tutto o in parte) le interpretazioni unilaterali. Ma v'è un caso d'interpretazione collettiva di estremo interesse per il teorico ed è l'*interpretazione concertata* (simultanea alla conclusione di un trattato o successiva), che è un vero e proprio accordo interpretativo sul contenuto del trattato. Questo è il vero e proprio caso di interpretazione autentica in quanto la norma internazionale è prodotta dal consenso e non già dalla volontà unilaterale degli Stati. L'interpretazione concertata somiglia alla tecnica del *référé* legislativo (*ejus est interpretari cujus est condere*). Si potrebbe dire che queste regole dell'interpretazione siano nella sostanza una regolamentazione dell'interpretazione autentica.

Di fatto l'interpretazione unilaterale, pur essendo molto diffusa, ha scarsa autorità; quella concertata è di difficile realizzazione. Di conseguenza l'interpretazione giurisdizionale conserva pur sempre una sua autorità emblematica. E tuttavia essa è in un certo senso "concertata", sia in quanto la sua competenza interpretativa è stabilita da un trattato costitutivo, sia in quanto la non obbligatorietà della giurisdizione la rende possibile solo sulla base dell'accordo implicito di adire ad essa<sup>47</sup>. Per i tribunali arbitrali la cosa è ancor più evidente. Insomma, qui è chiaro che l'interpretazione non è esclusivamente

<sup>46</sup> Su questa tipologia cfr. C. Fernández de Casadevante, *op. cit.*, pp. 56 e ss.

<sup>47</sup> Per non dire che, quando i giudici sono rappresentanti degli Stati, allora le stesse pronunce giurisdizionali sono a tutti gli effetti forme di interpretazione concertata.

una funzione giudiziaria e che la stessa interpretazione giudiziale è di fatto condizionata dall'accettazione dei soggetti che si rivolgono ad essa<sup>48</sup>.

Per un teorico dell'interpretazione giuridica quella concertata è decisamente sconcertante. Trattandosi di un accordo, in realtà pone una nuova regola ed allora non dovrebbe essere considerata in senso proprio un'interpretazione. Quando è preventiva, cioè già presente nella redazione del testo da interpretare, fa parte dell'accordo originario e, pertanto, non suscita problemi particolari, se non quelli delle condizioni a cui deve obbedire per essere efficace. Certamente rivela un declino dell'affidamento al diritto consuetudinario. Anche il preventivo impegno di usare determinati metodi interpretativi nell'applicazione della norma internazionale è una forma di interpretazione concertata, dei metodi e non dei contenuti (con il risultato di rendere il ricorso al giudice più conducente e costruttivo in quanto più imparziale). Ma, quando è successiva alla conclusione del trattato, allora perché ancora parlare di "interpretazione" e non pensare che di fronte ad un conflitto insanabile si rinegozi e si riscriva il trattato? A questo punto mi sembra interessante saggiare quali implicazioni teoriche possa avere la difesa dell'interpretazione concertata come interpretazione vera e propria.

Nel diritto internazionale l'accordo degli interessati assume un ruolo centrale per la prassi interpretativa. Si potrebbe dire che tutto il diritto internazionale non sia altro che un'impresa di coordinazione delle interpretazioni piuttosto che propriamente delle azioni, o meglio di quelle azioni che si sostanziano in interpretazioni. La stessa interpretazione giudiziaria non dovrebbe essere concepita come un rimedio debole all'assenza di un accordo interpretativo, ma come un mezzo per facilitarlo. Se un sistema giuridico non si fonda su un'autorità centrale, allora anche il senso della giurisdizione cambierà. Lo stesso concetto d'imparzialità del giudice non si applicherà allo stesso modo nel diritto interno e in quello internazionale: nel primo è segnato dal principio dell'uguale applicazione della legge, mentre nel secondo è la ricerca dell'interpretazione condivisibile in quanto ragionevole, equa e praticabile.

10. La differenza di fondo più macroscopica tra il diritto internazionale e il diritto interno consiste nella mancanza nel primo di ogni possibile riferimento ad una comune base culturale, sia nel senso di cultura in generale, sia nel senso di una comune cultura giuridica. Gli Stati sono portatori non solo di differenti e contrapposti interessi nazionali, ma – cosa ancor più rilevante – di culture spesso incomunicabili. Questa è una delle ragioni dell'importanza dell'interpretazione concertata (e, in collegamento con questa, del problema della traduzione). Nel diritto interno si presume esistente un linguaggio comune e, quindi, la preesistenza di significati condivisi; l'accordo sull'uso del linguaggio

<sup>48</sup> Diverso è il caso del diritto comunitario in considerazione dell'art. 164 del Trattato di Roma. Cfr. J. Combacau e S. Sur, *op. cit.*, p. 176.

è già operante e, conseguentemente, l'attività interpretativa può pretendere di avere un carattere cognitivo, che peraltro non tutti sono disposti a concederle. Ma, quando manca un contesto stabile di vita comune, allora bisogna anche concordare gli strumenti linguistici che servono per accordarsi. Questo non sempre è possibile farlo preventivamente. Come si sa, è nuotando che s'impara a nuotare<sup>49</sup>. Ciò non significa che l'interpretazione perda del tutto la sua dimensione cognitiva in quanto si rivolge ad un'intesa che già c'è stata, ma significa sicuramente che è impossibile distinguere in essa il ruolo della conoscenza e quello della volontà. Ovviamente non era necessario scomodare il diritto internazionale per raggiungere questo risultato, ma qui è interessante vedere come si ponga questa problematica nell'ottica dell'auto-interpretazione.

I giudici internazionali sono a prima vista decontestualizzati e possono svolgere il loro ruolo solo nella misura in cui le Parti li coinvolgano nei loro conflitti e nei loro tentativi di comprensione. Non bisogna, però, dimenticare che il diritto internazionale è qualcosa che già è operante, ci sono pratiche consolidate, principi accettati, modi corretti di comportamento. A questo si riferisce la tradizionale nozione di *jus gentium*. Ma tutto ciò non dà luogo per nulla ad una cultura giuridica compatta. Le norme internazionali sono allo stato disperso. Se proprio si vuole parlare di coerenza del sistema, bisogna abbandonare la speranza di una coerenza generale e mirare piuttosto ad una coerenza settoriale da ricostruire volta per volta<sup>50</sup>.

Il diritto internazionale si presenta a tutti gli effetti come il tentativo di costruire un sistema giuridico sulla base dell'autoregolamentazione, poiché questa si attua propriamente non già quando le regole sono prodotte da coloro a cui esse si applicano (come avviene nella democrazia), ma quando le regole sono interpretate e applicate da coloro a cui esse si rivolgono.

Infine, c'è da notare che di fatto le differenze tra il diritto internazionale e quello interno tendono oggi a diminuire. Da una parte, la costituzionalizzazione del diritto e la crisi della sovranità statale stanno destrutturando la compattezza tradizionale del sistema giuridico nazionale e, dall'altra, nel diritto internazionale il ruolo dell'autorità e delle norme imperative tende a rafforzarsi. Oggi riproporre la *vexata quaestio* del monismo o del dualismo dei sistemi giuridici sarebbe un controsenso<sup>51</sup>. Non c'è da fare una scelta di campo, né da scegliere quale sistema sia fondante e quale derivato, perché la questione è quella del

<sup>49</sup> Su questo tema cfr. G. J. Postema, *Coordination and Convention at the Foundations of Law*, in "The Journal of Legal Studies", 11, 1982, pp.165-203.

<sup>50</sup> È interessante ricordare la conclusione di Sur: l'interpretazione concepita come fattore di coerenza diventa spesso nel diritto internazionale elemento d'incoerenza in quanto appartiene insieme al dominio del diritto e a quello della politica. Cfr. S. Sur, *op.cit.*, pp. 401-402.

<sup>51</sup> Cfr. J. G. Starke, *Monism and Dualism in the Theory of International Law*, ora in S. L. Paulson and B. Litschewski Paulson (eds.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 537-552.

punto di vista, cioè del problema pratico da risolvere. Posti di fronte alla questione pratica, dobbiamo andare alla ricerca delle regole giuridiche che la governano ed è ormai chiaro che queste possono appartenere a plessi normativi differenti. Ed allora l'interpretazione non sarà necessaria soltanto per cogliere i significati delle regole, ma ancor prima per individuare quali regole siano appropriate per il caso in questione e, forse, come possono diventarlo. In tal modo l'interpretazione assume in certo qual modo un ruolo costitutivo e costruttivo del diritto da applicare.

11. L'aver illustrato le caratteristiche e i limiti di questa funzione cruciale dell'interpretazione giuridica costituisce – a nostro parere – forse l'apporto più rilevante che il diritto internazionale può dare alla teoria generale. A ben guardare questa funzione non è del tutto assente nella pratica interpretativa del diritto interno e, tuttavia, il diritto internazionale permette di evidenziarla meglio in ragione delle sue particolari condizioni di esercizio.

Per chi assuma il modello dello Stato di diritto (così come si è realizzato nei sistemi giuridici nazionali) a paradigma fondamentale della giuridicità il diritto internazionale continua ad apparire come un diritto primitivo, accettabile solo nei limiti in cui mostri in qualche modo di muoversi verso forme giuridiche più progredite. Come potrà mai essere progredito un diritto le cui fonti non sono ben distinguibili l'una dall'altra né sono gerarchicamente ordinate<sup>52</sup>? Come potrà mai essere accettabile un diritto che non sempre è obbligatorio allo stesso modo<sup>53</sup> e che si arroga la prerogativa di prescindere nella consuetudine dalla lunga durata e dall'identità del contenuto della pratica nell'individuarela<sup>54</sup>? Ciononostante non credo che vi siano modelli ideali di diritto. Vi sono solo valori giuridici, esigenze di coordinazione e concrete condizioni di esercizio. Il diritto che c'è dipende dai problemi di coordinazione e di comunicazione che trova. Gli assetti si trasformano dall'interno e si evolvono per aggiustamenti. Ciò non significa che siano impermeabili e che non si contaminino l'un l'altro. L'assetto complesso ed instabile del diritto internazionale è di estrema importanza come laboratorio giuridico del pluralismo, che – come si sa – non

<sup>52</sup> Cfr. M. Koskenniemi, *Hierarchy in International Law: A Sketch*, in "European Journal of International Law", 8, 1997, 4, pp. 566-582. Queste caratteristiche del diritto internazionale offrono facilmente il fianco, fra le altre, alle critiche del movimento dei *Critical Legal Studies*, che ha messo in luce i tentativi fallimentari di giustificarlo nell'ottica liberale. L'autorità internazionale si autogiustifica e le regole internazionali sono altamente indeterminate. Cfr. D. Kennedy, *A New Stream of International Law Scholarship*, in "Wisconsin International Law Journal", 7, 1988. Cfr. anche N. Purvis, *Critical Legal Studies in Public International Law*, in "Harvard International Law Journal", 32, 1991, 1, pp. 81-127.

<sup>53</sup> Mi riferisco, tra l'altro, ad alcune risoluzioni dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite *de lege ferenda*, che costituiscono il punto di partenza di una consuetudine.

<sup>54</sup> Cfr. C. Fernández de Casadevante, *op. cit.*, p. 273.

conosce la barriera delle frontiere. Ed allora c'è da chiedersi se non sia più primitivo un diritto come quello interno che non è ancora ben attrezzato ad affrontare la differenza e il dialogo fra diverse culture.