UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi Internazionali (SPGI)

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO INTERNAZIONALE E DIRITTO PRIVATO E DEL LAVORO

CICLO XXVI

Titolo

SUL CONTRIBUTO DEL DIRITTO DI MATRICE ISLAMICA ALLA COSTRUZIONE DEI PRINCIPI GENERALI DI DIRITTO NELL'ORDINAMENTO INTERNAZIONALE

Direttore della Scuola: Ch.mo/a Prof. ssa MANUELA MANTOVANI

Supervisore: Ch.mo Prof. LAUSO ZAGATO

Dottoranda MARIANELLA PIRATTI

INDICE -SOMMARIO

CAPITOLO PRIMO

INTRODUZIONE

Sezione Prima

PREMESSA. NOTA METODOLOGICA

1.1	Introduzione alla metodologia in diritto internazionale	p. 1
1.2	Il perimetro degli approcci metodologici	p. 4
1.3	Esiste un sistema di diritto musulmano	p. 5
1.4	Una rivisitazione della dottrina classica della guerra nell'Islam contemporaneo? Il caso dell'Azawad: la crisi del Mali del 2012	p. 7
1.5	Principi islamici sul piano del diritto interno e sul piano del diritto internazionale	p.11
1.6	Un discorso sul metodo: Martti Koskenniemi	p.12
1.7	Questione di concetti e di linguaggio	p. 15
1.8	La concezione del diritto naturale in Grozio, tra universalità e parzialità	p. 17
1.9	Il primo stadio di formazione di una comunità internazionale secondo Roberto Ago	p. 22
1.10	Antichi principi di diritto musulmano: il caso del personale diplomatico e consolare degli Stati Uniti a Teheran	p. 23
1.11	*Third World Approches to International Law*	p. 25
1.12	Conclusioni	p. 27

Sezione Seconda

PROFILI DI DIRITTO ISLAMICO

1.13	Nota introduttiva	p. 30
1.14	Nozioni preliminari. Da Mecca a Medina: la costruzione di un nuovo ordine politico	p. 32
1.15	La concezione della sovranità e la teoria dell'imamato	p. 36
1.16	La permanenza della *sharī'a* dopo l'abolizione del califfato	p. 50
1.17	*Segue*: Il diritto islamico nell'opinione individuale del giudice Weeramantry nel caso Gabčíkovo-Nagymaros	p. 51
1.18	La teoria delle fonti e le scuole giuridiche	p. 58
1.19	Il diritto islamico nei sistemi ordinatori degli Stati di tradizione islamica. Prime osservazioni sui principi generali.	p. 63

CAPITOLO SECONDO

DIRITTO INTERNAZIONALE E FENOMENO RELIGIOSO. VERA O PRESUNTA NEUTRALITÀ

Sezione Prima

L'ADOZIONE DI STANDARD GIURIDICI EUROPEI QUALE CONDIZIONE PER IL RICONOSCIMENTO DEGLI STATI IN DIRITTO INTERNAZIONALE

2.1 Le origini della comunità internazionale p. 74

2.2 Una lunga storia: «*Quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit, vocatur ius gentium*» p. 76

2.3 Eugène Cauchy: il diritto internazionale come capolavoro della civilizzazione cristiana p.79

2.4 Popoli cristiani e nazioni civili: da Pasquale Fiore ad Antoine Pillet p. 82

2.5 *Segue*: L'Impero ottomano (una nazione civile islamica?), uno Stato islamico tra le Nazioni civili p. 84

2.6 Il regime delle capitolazioni e il sistema dei mandati p. 87

2.7 Le zone concentriche di James Lorimer p. 90

2.8 Le riforme legislative nell'Impero ottomano del XIX secolo, tra concerto europeo e Corano p. 92

2.9 Stati e civiltà p. 93

2.10 Adeguamento del diritto interno degli Stati non europei agli standard giuridici europei: il caso della Cina p. 94

Sezione Seconda

IL PRINCIPIO DI NEUTRLITÀ IN DIRITTO INTERNAZIONALE E IN DIRITTO INTERNO

2.11 Il fattore religioso: cristianità, monoteismi e altre tradizioni spirituali p. 97

2.12 Dal mandato britannico sulla Palestina alla costituzione dello Stato di Israele p. 98

2.13 La neutralità del diritto internazionale rispetto al fenomeno religioso p. 100

2.14 L'idea manciniana di Nazione p. 101

2.15 Il limite della concezione neutra del diritto internazionale: la storicizzazione della Terra promessa p. 104

2.16 La neutralità è cristiana p. 106

2.17 *Segue*: la concezione neutrale del diritto interno p. 109

Sezione Terza

L'OPZIONE CULTURALE: LA PARABOLA DEL XX SECOLO

2.18 Lassa Oppenheim e l'ingresso dell'Impero ottomano nella famiglia delle p. 111

Nazioni
2.19 Una certa idea morale di giustizia nelle legislazioni delle nazioni civili: i principi generali nella prospettiva di Georges Ripert p. 113
2.20 Potenze cristiane e potenze economiche: nuove opposizioni in diritto internazionale p. 114
2.21 René-Jean Dupuy e l'avvenire del diritto internazionale in un mondo multiculturale p. 115
2.22 René-Jean Dupuy e il caso Texaco p. 117
2.23 La dimensione relazionale in diritto internazionale p. 118

CAPITOLO TERZO

I PRINCIPI GENERALI DI DIRITTO

Sezione Prima

TRE DIVERSE VALENZE DELLA NOZIONE DI PRINCIPI GENERALI DI DIRITTO

3.1 Una nozione generalissima p. 120
3.2 I principi generali di diritto: seconda nozione p. 123
3.3 I principi generali nella discussione del Comitato incaricato di redigere lo Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale in una prospettiva storica p. 125
3.4 *Segue*: La natura dei principi generali p. 125
3.5 *Segue*: Come vengono elaborati i principi generali p. 129
3.6 I principi generali che emergono dalla discussione p. 135
3.7 Il caso delle indennità russe p. 138
3.8 La composizione della Corte: la genesi dell'articolo 9 della Corte permanente di giustizia internazionale p. 142
3.9 Principi generali e civiltà giuridica p. 146
3.10 I principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili: terza nozione dei principi generali p. 148
3.11 Una questione di metodo: Wolfgang Friedmann e il caso Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd v. Sceicco di Abu Dhabi p. 153
3.12 Indizi di comparazione tra i sistemi giuridici del mondo p. 160
3.13 Come vengono elaborati i principi generali? La natura dei principi p. 163
3.14 I principi generali in diritto internazionale e in diritto interno p. 167

Sezione Seconda

IL SISTEMA DI DIRITTO ISLAMICO VIS-À-VIS IL SISTEMA DI DIRITTO INTERNAZIONALE

3.15 Sistema di diritto islamico e Stati di tradizione islamica p. 170

3.16 La qualità di membro dell'Organizzazione di Cooperazione islamica rende l'ordinamento di uno Stato tributario della tradizione giuridica dell'Islam? p. 174

3.17 Il sistema di diritto islamico vis à vis il sistema di diritto internazionale p. 179

3.18 L'esigenza di preservare la coerenza del sistema di diritto internazionale. p. 185

3.19 Gli Stati di tradizione islamica: diritto interno e relazioni internazionali p. 188

3.20 Due concezioni del diritto e della giurisdizione p. 194

3.21 Problematiche di ordine dottrinale in merito alla rilevazione dei principi di diritto islamico in diritto internazionale p. 199

3.22 *Segue*: La complessità dei sistemi misti p. 206

3.23 Il caso Texaco e il caso Liamco: la rilevazione dei principi generali in un sistema misto, tra diritto positivo e *sharī'a* p. 211

CAPITOLO QUARTO

LA FORMALIZZAZIONE DEI PRINCIPI GENERALI DI DIRITTO IN DIRITTO INTERNAZIONALE

Sezione Prima

PRIMI PROFILI DI FORMALIZZAZIONE DEI PRINCIPI GENERALI

4.1 Il Trattato Jay p. 215

4.2 La Convenzione relativa alla costituzione di una Corte internazionale delle Prede p. 216

Sezione Seconda

GLI STRUMENTI DI PORTATA UNIVERSALE

4.3 L'articolo 38: Corte permanente di giustizia internazionale e Corte internazionale di giustizia p.219

4.4 I principi generali nella giustizia internazionale penale: lo statuto della Corte penale internazionale p. 220

4.5 Principi di diritto internazionale penale e principi di diritto islamico p. 222

4.6 Il caso Saif Al-Islam Gaddafi e il principio di complementarietà sancito nello Statuto di Roma p. 227

4.7 Considerazioni preliminari sull'ISIL, lo Stato islamico dell'Iraq e del Levante p. 232

4.8 *Segue*: I principi generali di diritto e il principio di complementarietà nello Statuto di Roma p. 239

4.9 Il Tribunale penale internazionale per la ex Yugoslavia: il caso Celebici p. 242

Sezione Terza

GLI STRUMENTI REGIONALI

4.10 Ambito regionale europeo p. 245
4.11 *Segue*: La Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali p. 246
4.12 *Segue*: Il Trattato di Lisbona p. 246
4.13 *Segue*: La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea p. 249
4.14 Ambito regionale africano p. 251
4.15 Ambito identitario? I principi generali negli strumenti dell'Organizzazione di cooperazione islamica p. 263

CAPITOLO PRIMO

INTRODUZIONE

Sezione prima

PREMESSA. NOTA METODOLOGICA

SOMMARIO: 1.1. Introduzione alla metodologia in diritto internazionale. – 1.2. Il perimetro degli approcci metodologici. – 1.3. Esiste un sistema di diritto musulmano. – 1.4. Una rivisitazione della dottrina classica della guerra nell'Islam contemporaneo? I Il caso dell'Azawad: la crisi del Mali del 2012. – 1.5. Principi islamici sul piano del diritto interno e sul piano del diritto internazionale. – 1.6. Un discorso sul metodo: Martti Koskenniemi. – 1.7. Questione di concetti e di linguaggio. – 1.8. La concezione del diritto naturale in Grozio, tra universalità e parzialità. – 1.9. Il primo stadio di formazione di una comunità internazionale secondo Roberto Ago. – 1.10. Antichi principi di diritto musulmano: il caso del personale diplomatico e consolare degli Stati Uniti a Teheran. – 1.11. *Third World Approches to International Law*. – 1.12. Conclusioni.

1.1 *Introduzione alla metodologia in diritto internazionale*

Nell'apprestarci ad affrontare questa ricerca ragioni di sistematizzazione vogliono che il discorso muova, sia sotto il profilo metodologico che lessicale, dalla tradizione giuridica europeo-occidentale. La scelta non è determinata solo dal fatto che chi scrive appartiene per formazione e per cultura a tale area. Se storicamente infatti la concezione dell'ordine giuridico internazionale trae origine dal diritto interno della tradizione occidentale[1], questo non è un dato in sé idoneo a definire una metodologia giuridica che, in quanto tale, possa essere qualificata con l'appellativo di "occidentale". Muovere da una simile definizione, richiede dunque qualche chiarimento, a partire da un non semplice ma indispensabile doppio livello di concettualizzazione – quello del diritto internazionale e quello del diritto islamico – che il quadro del presente lavoro impone e la cui necessità risulterà via via più evidente nel corso dell'esposizione.

Il diritto islamico, di cui si vuole indagare il contributo alla costruzione dei principi generali di diritto, in prima approssimazione rinvia a una specifica tradizione culturale e

[1] P-M. DUPUY, *L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public*, RCADI, Vol. 297, 2002- IV, p. 120.

giuridica e conseguentemente al diritto interno degli Stati che in tale tradizione si riconoscono. Il diritto internazionale, in quanto fenomeno giuridico autonomo e distinto dal diritto interno, formalmente non può che connotarsi in modo neutro rispetto alle tradizioni giuridiche di cui sono portatori i membri della comunità internazionale. Tuttavia, date le sue origini storiche, è utile preliminarmente considerare se sotto il profilo delle correnti dottrinali e degli approcci metodologici, vi sia un orientamento neutro o culturalmente orientato e, ne fosse dato il caso, se un siffatto orientamento possa essere isolato storicamente o se sia ancora operante. Ancora, data la cornice di questa ricerca, se non sia stato elaborato un approccio islamico allo studio del diritto internazionale.

Come è noto, vi sono in diritto internazionale una pluralità di correnti dottrinali e di approcci metodologici[2], taluni più risalenti, altri affermatisi nella seconda metà del XX secolo, le cui diverse posizioni dipendono fondamentalmente dalla risposta che viene data alla questione prima che si pone in diritto internazionale ovvero quella del fondamento della sua autorità[3]. Questione mai risolta, la cui opposizione prima in dottrina si rinviene tra le due polarità del positivismo giuridico e del giusnaturalismo, da cui si sono sostanzialmente articolate le successive correnti di pensiero. Tra queste, la linea di demarcazione più consolidata è quella tra volontarismo e oggettivismo, a cui corrisponde, nel primo caso, una concezione del diritto internazionale fondata sulla volontà degli Stati e quindi su di un fattore intrinseco al sistema. Questa dottrina considererà le fonti formali in senso stretto e adotterà una metodologia improntata al positivismo giuridico. La corrente oggettivista invece, vede il diritto internazionale quale espressione delle necessità oggettive che vengono a determinarsi dal processo di costante evoluzione della comunità internazionale e sarà quindi orientata a valutare elementi estrinseci al sistema. Le fonti saranno considerate in senso lato – fonti formali e fonti materiali – e conseguentemente la metodologia del positivismo giuridico sarà integrata da metodi attinti dalla sociologia e dalla filosofia del diritto[4].

La tensione tra questi due orientamenti teorici può essere ben esemplificata dalla Dichiarazione del giudice Bedjaoui allegata al parere consultivo reso dalla Corte

---

[2] O. CORTEN, *Méthodologie du droit international public*, ed. Université de Bruxelles, Bruxelles, 2009, pp. 45-83.
[3] A. RECHID, *L'Islam et le droit de gens*, RCADI, Vol. 60, 1937, pp. 378 e p. 382.
[4] P. WEIL, *Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public*, RCADI, Vol. 237, 1992-VI, pp. 66-81; G. ABI-SAAB, *Cours général de droit international public*, RCADI, Vol. 287, 1987, pp. 33-43.

internazionale di giustizia sulla liceità della minaccia o dell'uso di armi nucleari[5]. Dopo aver messo in evidenza i progressi sul piano istituzionale e il livello di integrazione raggiunti dalla comunità internazionale, il progressivo superamento di un diritto internazionale classico di coesistenza, a favore di un diritto internazionale di cooperazione, Bedjaoui afferma il prevalere su una posizione strettamente positivista e volontarista, dominante all'inizio del secolo XX, di una concezione oggettivista del diritto internazionale quale «*reflet d'un état de conscience juridique collective et une réponse aux nécessités sociales des Etats organisés en communauté*»[6].

La classica identificazione nel volontarismo o nell'oggettivismo, non trova tuttavia un riscontro netto in ogni singolo autore, anche se è possibile individuare delle tendenze a favore dell'una o dell'altra dottrina in base alle fasi storiche e nell'orientamento prevalente nel tempo di alcuni gruppi di Stati, segnatamente i cosiddetti blocchi occidentale, socialista e dei paesi del terzo mondo[7].

Fattori che possono incidere sull'adesione ad un approccio teorico, possono rinvenirsi anche nelle prospettive legate alle singole tradizioni giuridiche nazionali che si ritrovano riflesse nei punti di vista adottati in diritto internazionale, o ancora su considerazioni di ordine politico[8].

Un indizio del primo tipo ci viene dato indirettamente da Abi-Saab: «*Nous pouvons avoir une même norme, ou une norme à formulation identique, surtout s'il s'agit d'un principe général, tel que la bonne foi ou* pacta sunt servanda*, et particulièrement si elle est empruntée au droit romain, qui donne lieu à des résultats radicalement divergents dans les différents systèmes juridiques qui l'adoptent; et cela non seulement selon les grandes divisions des traditions juridique tels le droit civile et la* common law*, mais au sein d'une même famille juridique, d'un pays à l'autre, et a fortiori en droit international, parce que les mécanismes juridiques et la volonté sociale qui les animent ne sont pas les même*s»[9].

---

[5] *Legaly of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226.
[6] M. BEDJAOUI, *Legaly of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, *Déclaration,* p. 270-271.
[7] P. WEIL, *Le droit international en quête de son identité*, *cit.*, p. 72.
[8] G.J.H. VAN HOOF, *Rethinking the Sources of International Law*, Kluwer, Deventer, 1983, p. 17.
[9] G. ABI-SAAB, *Cours général de droit international public*, *cit.*, pp. 41-42. Si noti in questo passaggio che l'autore, di nazionalità egiziana, cita quale esempio delle divisioni nelle tradizioni giuridiche, le sole tradizioni di *civil law* e *common law*.

Sul piano dell'orientamento politico che può influenzare il tipo di approccio prescelto emblematica è la posizione della scuola di New Haven[10]. Sullo sfondo della guerra fredda, negli anni cinquanta del XX secolo, Myres McDougal considerava che il maggiore elemento di incomprensione nella teoria del diritto internazionale dell'epoca, fosse da imputare ad un'eccessiva enfasi posta sulle potenzialità delle norme giuridiche in senso tecnico, scollegate dalla dimensione politica, in quanto strumenti in grado di guidare e plasmare le decisioni, nonché alla mancanza di un'esauriente comprensione delle parti coinvolte nel processo di potenza mondiale e delle tecniche di formulazione e attuazione delle politiche impiegate da tali parti[11]. L'inadeguatezza attribuita all'approccio positivista in diritto internazionale è qui funzionale a sostenere, in un mondo bipolare, l'affermazione di una società internazionale libera e di una legge idonea a promuovere la dignità umana, contro una legge che viceversa l'avrebbe negata[12]. In sostanza si trattava di costruire un quadro teorico idoneo a giustificare l'interventismo degli Stati Uniti in politica estera, in chiave anti sovietica.

Le correnti dottrinali brevemente illustrate, sono frutto della cultura giuridica europea e pur rappresentando alcune tra le principali antinomie nelle scuole del pensiero internazionale, non esauriscono il panorama degli approcci teorici e metodologici allo studio della materia; l'adesione all'una o all'altra dottrina da parte di giuristi provenienti dal mondo arabo e/o musulmano, non è inoltre in sé idonea ad escludere l'elaborazione da parte della cultura islamica o di altre culture giuridiche di un autonomo approccio allo studio del diritto internazionale.

1.2. *Il perimetro degli approcci metodologici*

Per un'indicazione più esauriente sugli approcci metodologici adottati in diritto internazionale, facciamo quindi ricorso ad un simposio sul metodo organizzato dall'*American Society of International Law* (ASIL)[13].

È sufficiente una ricognizione solo superficiale per comprendere che gli studiosi invitati al simposio appartengono tutti al mondo accademico americano e europeo. Una

[10] W.M. REISMAN, *The View from the New Haven School of International Law*, in 86 ASIL. Proc., 1992, pp. 118-125.
[11] M.S. MCDOUGAL, *International Law. Power and Policy: A Contemporary Conception*, RCADI, Vol. 82, 1953, p. 143.
[12] *Ivi*, p. 139-140.
[13] AA.VV., *Symposium on Method in International Law*, AJIL, Vol. 93, n. 2 (Apr., 1999), pp. 291-451.

tale evidenza si riscontra peraltro anche negli autori citati nella presentazione del simposio[14].

Se consideriamo un'analoga iniziativa dello *European Journal of International Law*[15], di poco precedente, rilevante per gli aspetti che stiamo considerando, lo scenario delineato è identico. Nello studio dedicato a Wolfgang Friedmann e in particolare al suo *The changing structure of International Law*[16], laddove viene specificata la corrente di pensiero di riferimento, di impronta oggettivista, e vengono indicati altri esponenti di questa dottrina di area anglofona e francofona, si osserva che «*it would undoubtedly be easy to find representatives of this school in other European countries*»[17]. Anche in questo caso quindi approccio teorico e metodo ricadono nello spazio della tradizione occidentale.

Il testo di Friedmann tuttavia offre una riflessione che l'autore ha svolto sull'universalità del diritto internazionale, rispetto alle divisioni culturali che caratterizzano la comunità umana. Ci soffermiamo sulla sua analisi per porre una prima puntualizzazione sul diritto musulmano in rapporto al diritto internazionale, che sarà poi ripresa in seguito, e per porre le basi di una verifica dell'esistenza di un approccio di matrice islamica al diritto internazionale.

1.3. *Esiste un sistema di diritto musulmano*

Friedmann distingue i piani del diritto internazionale di coesistenza e del diritto internazionale di cooperazione così come abbiamo già evidenziato nella dichiarazione del giudice Bedjaoui[18]. Ma mentre per il diritto internazionale di coesistenza, che possiamo definire come il nucleo classico del diritto internazionale[19], analizzando se vi

---

[14] S. R. RATNER, A-M. SLAUGHTER, *Appraising the Methods of International Law: A Prospectus for Readers,* AJIL, Vol. 93, n. 2 (Apr., 1999), pp. 291-302.
[15] AA.VV. *Symposium: The Changing Structure of International Law Revisited*, EJIL, Vol. 8, n. 3 e 4, 1997.
[16] W. FRIEDMANN, *The changing structure in International Law*, Stevens and Sons, London, 1964.
[17] C. LEBEN, *The changing structure in International Law By Way of Introduction,* EJIL, Vol. 8, n. 3, p. 400.
[18] *Supra*, nota 6. Si veda anche R. AGO, *La codification du droit international et les problèmes de sa réalisation*, in: *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, *Institut universitaire de hautes études internationales*, Genève, 1968, p. 95.
[19] Si veda su questo punto: Y.ONUMA, *When was the law of International Society Born? An Inquiry of the History of International Law from an Intercivilizational Perspective*, JHIL, n. 2, 2000, p. 64; W. FRIEDMANN, *The changing structure in International Law*, *cit*., p. 60 ss.

fosse stata una convergenza sul alcuni punti essenziali[20] nelle elaborazioni storiche delle diverse civiltà, ivi inclusa quella islamica[21], Friedmann giungeva alla conclusione che tale convergenza fosse ormai assodata, per il diritto internazionale di cooperazione le specificità delle diverse tradizioni culturali venivano assorbite dalle opposizioni tra paesi sviluppati e paesi in via di sviluppo e tra paesi ad economia di mercato e ad economia pianificata, considerate il vero nodo critico rispetto all'universalità del diritto internazionale[22].

Se Friedmann tuttavia negli anni sessanta del secolo scorso, considera che i Paesi di tradizione islamica, in parte per una relativa debolezza nei confronti dei Paesi dell'Europa occidentale, avevano abbandonato o comunque rielaborato le antiche dottrine e valori islamici e aderito perciò ai principi del diritto internazionale di coesistenza[23], Leben, trent'anni dopo, commentando il lavoro di Friedmann, avverte che la validità di tale analisi dovrebbe essere riconsiderata alla luce di un orientamento più fondamentalista verso i tradizionali precetti islamici evidenziatosi in molti Paesi a seguito della rivoluzione iraniana del 1979[24]. In questo breve passaggio, lungi dall'esser definita una dottrina o tantomeno un approccio metodologico di matrice islamica al diritto internazionale, viene però riconosciuto il diritto musulmano come fenomeno giuridico dotato di una propria specificità da cui possono derivare delle conseguenze sul piano del diritto internazionale. Benché le posizioni più radicali cui sembra far riferimento Leben, non esauriscano e anzi costituiscano una parte minoritaria del mondo islamico[25], è a queste posizioni che si possono attribuire alcune delle crisi più rilevanti che ha conosciuto la comunità internazionale negli ultimi decenni e di cui continua ad

---

[20] Si tratta della sovranità nazionale, del rispetto verso gli impegni presi e delle regole sull'uso della forza: W. FRIEDMANN, *The changing structure in International Law*, *cit*., pp. 298-299 e p. 379.
[21] *Ivi*, pp. 303-316.
[22] *Ivi*, pp. 317-324; pp. 379-381.
[23] *Ivi*, pp. 306-309.
[24] C. LEBEN, *The changing structure in International Law*, *cit*. p. 407. Chi scrive non concorda con l'analisi di Leben in merito al fatto che la rivoluzione iraniana costituisca uno spartiacque oltre il quale è possibile definire il cosiddetto revivalismo islamico. Il fenomeno è più risalente, nonostante sia la rivoluzione iraniana a renderlo manifesto sul piano internazionale. Si veda: A.A. AN- NA'IM, *Toward an Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights and International Law*, Syracuse University Press, 1996, pp. 2-4. Di interesse anche una considerazione di Jean-Louis Triaud secondo cui «Nel mondo degli studiosi che, tra l'altro, non avevano saputo prevedere nulla, la rivoluzione islamica in Iran nel 1979 rappresentò un fulmine a ciel sereno e sottolineò bruscamente l'importanza di una fenomenologia religiosa che si credeva del tutto superata grazie alla secolarizzazione del mondo moderno», in: A. PIGA, *L'Islām in Africa*, (*Premessa)*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, p. 7.
[25] B. LEWIS, *La crisi dell'Islam. Le radici dell'odio verso l'Occidente*, Mondadori, Milano, 2004, titolo originale: *The Crisis of Islam*, Random House Publishing Group, 2003; B. GHALIOUN, *Islam e islamismo. La modernità tradita*, Editori Riuniti, Roma, 1998, titolo originale: *Islam et politique. La modernité trahie*, La Découverte & Syros, Paris, 1997.

essere testimone: dagli atti terroristici dell'11 settembre 2001 a New York e Washington, ai conseguenti interventi in Afghanistan e Iraq[26]. Da qui, anche se la situazione è in divenire, non si può non menzionare la proclamazione il 29 giugno 2014 di un califfato islamico nei territori del nord dell'Iraq e del nord est della Repubblica Araba di Siria, controllati dalle forze dello Stato islamico dell'Iraq e del Levante[27].

1.4.*Una rivisitazione della dottrina classica della guerra nell'Islām contemporaneo? Il caso dell'Azawad: la crisi del Mali del 2012*

Muovendo da queste osservazioni, per meglio definire la questione, giova menzionare la dottrina classica della guerra nell'Islām[28], poiché è su tale apparato teorico che si fonda l'agire dei gruppi radicali islamici, un apparato teorico che costituisce una parte del diritto musulmano classico che, in quanto tale, non conosce le distinzioni disciplinari che caratterizzano la scienza giuridica nella tradizione occidentale e dunque nemmeno conosce l'ambito disciplinare del diritto internazionale nel senso in cui lo intendiamo oggi[29]. La dottrina classica della guerra, collegata alla concezione della sovranità nel mondo islamico[30], non è però fatta propria da entità statuali, ma, abbiamo visto, è oggetto di una rivisitazione e riappropriazione da parte di gruppi radicali. È bene precisare da subito questa distinzione, che isola la dottrina della guerra dal rimanente corpo del diritto islamico. Per meglio chiarire questo punto ricorriamo a una breve disanima della crisi che ha interessato il Mali a partire dal 2012, dato che nei suoi lineamenti essenziali offre inoltre la possibilità di verificare la validità delle analisi di Friedmann e Leben.

Il 6 aprile del 2012 il Movimento nazionale di liberazione dell'Azawad (MNLA), proclamava l'indipendenza dell'Azawad, la parte più settentrionale del Mali, e

---

[26] T. TREVES, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Giuffrè, Milano 2005, pp. 466-470.
[27] *Infra*, § 4.7.
[28] M. KHADDURI, *War and peace in the law of Islam*, The Lawbook Exchange, LTD.,Clark, New Jersey, 2006, pp. 51 ss.; D. FEIRAHI, *Norms of war in Shia Islam*, in: *World Religions and Norms of Wars*, United Nations University Press, Tokyo-New York-Paris, 2009, pp. 255-281; A. SONBOL, *Norms of war in Sunni Islam*, in:*World Religions and Norms of Wars*, *cit.,* pp. 208-302.
[29] S. MAHMASSANI, *The principles of international law in the light of Islamic doctrine*, RCADI, Vol. 117, 1966, p. 235; H. AHAMAT, M.H.M. KAMAL, *Modern Application of* Siyar *(Islamic Law of Nations): Some Preliminary Observations*, in: *Arab Law Quarterly*, Vol. 25, Issue 4, 2011, pp. 423-439.
[30] *Infra*, §1.15.

dichiarava la totale adesione della nuova entità alla Carta delle Nazioni Unite[31]. In un incontro definito "storico" tenutosi a Gao il 25 e 26 aprile 2012 tra le varie componenti sociali dell'Azawad, gli Ulama chiedevano che l'Islām fosse dichiarato religione di Stato e fonte della legislazione fossero il Corano e la Sunna del Profeta[32]. Nonostante allo Stato dell'Azawad non fosse e non sia riconosciuta nessuna effettività sul piano internazionale[33], le indicazioni date dagli Ulama, non si scostano da analoghe previsioni in essere negli ordinamenti interni di Stati di tradizione islamica.

Il MNLA è animato prevalentemente da rivendicazioni della popolazione Tuareg nei confronti del governo di Bamako che si sono rafforzate a partire dal 2011 in seguito agli avvenimenti di Libia. Il crollo del regime di Muʿammar al-Qadhāfi (Gheddafi) ha infatti portato a una destabilizzazione del Paese e a una perdita di controllo da parte dell'allora Consiglio Nazionale Libico di Transizione, sull'arsenale militare in dotazione alla Jamahiriya libica. La circolazione di armi provenienti dalla Libia, ha di fatto rafforzato la rivendicazione indipendentista della popolazione Tuareg dell'Azawad, mentre nella regione si segnalava da tempo la presenza di elementi salafiti. Il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, con una risoluzione del 31 ottobre 2011[34], sottolineando che la proliferazione di armi nella regione avrebbe potuto alimentare attività terroristiche, ivi incluse quelle di Al-Qaida nel Maghreb islamico (AQMI) e riaffermando che il terrorismo è una delle più gravi minacce alla pace e alla sicurezza internazionali, esortava le autorità libiche e gli Stati della regione a prendere tutte le misure necessarie al fine di impedire la proliferazione di armi. Data la dichiarazione di indipendenza dell'Azawad e il persistere e l'aggravarsi della situazione di crisi, con la Risoluzione 2085 del 20 dicembre 2012, il Consiglio di Sicurezza autorizzava, ai sensi del Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, il dispiegamento di una Missione internazionale di sostegno al Mali, sotto guida africana (AFISMA/MISMA), con il mandato di aiutare le autorità maliane a riprendere le zone del nord del suo territorio, controllate da gruppi armati terroristici ed estremisti e a ridurre la minaccia costituita da organizzazioni terroristiche, ivi inclusi AQMI e il

[31] Mouvement National de libération de l'Azawad, *Déclaration d'indépendence de l'Azawad*, in : http://www.mnlamov.net/component/content/article/169-declaration-dindependance-de-lazawad.html. Ultima consultazione maggio 2014.
[32] *Infra,* § 1.18.
[33] La risoluzione 2056 del 5 luglio 2012 del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite (S/RES/2056, 2012) respingendo la dichiarazione di una "pretesa" indipendenza del nord del Mali proclamata dal MNLA, ne considerava l'enunciazione come nulla e non avvenuta.
[34] NU, S/RES/2017 (2011).

MUJAO[35] (par. 9.b). La stessa risoluzione opera però una distinzione tra gruppi ribelli e gruppi di terroristi, in particolare AQMI, MUJAO e loro affiliati, esigendo dai primi l'interruzione di ogni legame con i secondi, quale condizione per poter essere considerati parti di un negoziato richiesto alle autorità maliane di transizione al fine di rispondere alle preoccupazioni della popolazione del nord del Paese, nel quadro però dell'unità e dell'integrità territoriale dello Stato (paragrafi 2 e 3). Entrambe le componenti – ribelli e terroristi – sono musulmane. Dal punto di vista del diritto internazionale ai ribelli del MNLA è riconosciuto, almeno parzialmente, lo status di insorti, in quanto soggetti idonei a negoziare con il c.d. governo legittimo. I gruppi jihadisti affiliati ad Al-Qaida ricadono invece nelle misure previste dalla Risoluzione 1989 del 2011 riguardante le "minacce contro la pace e la sicurezza internazionali derivanti da atti di terrorismo"[36], che pur riaffermando che "il terrorismo non può e non deve essere associato a nessuna religione, nazionalità o civiltà" riguardano esplicitamente la rete di Al-Qaida ed ogni gruppo ad essa associato (par. I), quindi il terrorismo di matrice islamica. Per contro, mentre il MNLA basava la sua pretesa di indipendenza sui principi di diritto internazionale e dichiarava l'adesione alla Carta delle Nazioni Unite, i gruppi alqaidisti si richiamano alla dottrina classica della guerra nell'Islām, rivista in chiave contemporanea[37] e perciò non possono riconoscersi, né tantomeno sono riconosciuti entro il quadro del diritto internazionale di coesistenza[38]. Questo quadro è invece condiviso dagli Stati di tradizione islamica, confermando così l'analisi di Friedmann.

È d'obbligo, per completezza, ricordare che a seguito della menzionata risoluzione 2085 del Consiglio di Sicurezza, su richiesta delle Autorità maliane, la Francia ha lanciato l'11 gennaio 2013 l'operazione Serval, finalizzata allo sradicamento dei gruppi terroristici dal nord del Mali. Tale intervento è stato ratificato dal Consiglio di Sicurezza con la risoluzione 2100 del 25 aprile 2013 (par. 18)[39] nella quale ancora veniva ribadita la distinzione tra ribelli e gruppi terroristici ai fini della partecipazione ad un processo

[35] Movimento per l'unicità e il jihad nell'Africa occidentale.
[36] NU, S/RES/1989 (2011).
[37] A. SONBOL, *Norms of war in Sunni Islam*, *cit*., p. 292.
[38] *Supra*, nota 20.
[39] Nel preambolo della Risoluzione inoltre si afferma: «*Welcoming the swift action by the French forces, at the request of the transitional authorities of Mali, to stop the offensive of terrorist, extremist and armed groups towards the south of Mali and commending the efforts to restore the territorial integrity of Mali by the Malian Defence and Security Forces, with the support of French forces and the troops of the African-led International Support Mission in Mali (AFISMA*)».

negoziale (par. 4) e istituita la Missione MINUSMA (*Mission multidimensionnelle intégrée des Nations Unies pour la stabilisation au Mali*), (par.7). Nelle successive risoluzioni 2164 del 25 giugno 2014 e 2227 del 29 giugno 2015, veniva confermato il mandato delle forze armate francesi (rispettivamente ai paragrafi 26 e 27), a intervenire in aiuto di elementi della MINUSMA in caso di minaccia grave ed imminente. Dal primo agosto 2014, all'operazione Serval si è sostituita l'operazione Barkhane che ha un raggio d'azione più ampio interessando cinque Stati del Sahel: Mali, Niger, Burkina Faso, Ciad e Mauritania. L'operazione Barkhane ha lo scopo di sostenere le forze armate dei Paesi partner nella loro lotta contro i gruppi terroristici armati e di contribuire ad impedire la ricostituzione di feudi terroristici nella regione[40].

Le tre risoluzioni del Consiglio di Sicurezza da ultime considerate richiedono tutte, nell'ordine ai paragrafi 29, 30 e 29, agli Stati del Sahel e del Maghreb, di migliorare la cooperazione regionale nell'ottica di combattare le attività di gruppi terroristici quali AQIM, MUJAO e Ansar Eddine. A questa lista, nelle risoluzioni del 2014 e 2015 si aggiunge il gruppo Al Murabitun, il guppo che ha rivendicato l'attentato contro l'hotel Radisson di Bamako avvenuto il 20 novembre 2015[41], lo stesso giorno in cui il Consiglio di Sicurezza ha adottato la Risoluzione 2249 sulle minacce contro la pace e la sicurezza internazionali risultanti da atti di terrorismo. Se il focus principale della Risoluzione è sullo Stato islamico dell'Islam e del Levante (ISIL)[42] (paragrafi 1, 3, 5, 6 e 7) ritenuto «*une menace mondiale d'une gravité sans précédent contre la paix et la sécurité internationales*», si ricorda ugualmente che «*le Front el-Nosra et tous les autres individus, groupes, entreprises et entités associés à Al-Qaida constituent également une menace contre la paix et la sécurité internationales*». Al paragrafo 1 sono condannati gli attentati commessi nel corso del 2015 a Sousse in Tunisia, ad Ankara, sopra il Sinai, a Beirut e a Parigi, tutti rivendicati dall'ISIL. L'attentato in Mali, che non figura tra questi, è menzionato nelle dichiarazioni dei rappresentanti nel Consiglio di Sicurezza di Spagna, Stati Uniti, Federazione Russa, Nigeria, Giordania, Nuova Zelanda e Venezuela. Posta l'unanime condanna dell'ISIL espressa nella Risoluzione 2249, nelle dichiarazioni dei rappresentanti di singoli Stati in seno al Consiglio di Sicurezza, si può in parte osservare la mappa del radicamento islamista nei

[40] http://www.defense.gouv.fr/operations/sahel/dossier-de-presentation-de-l-operation-barkhane/operation-barkhane. Ultima consultazione ottobre 2015.
[41] http://www.aljazeera.com/news/2015/11/analysis-mali-hotel-siege-horrifically-predictable-151121042904843.html. Ultima consultazione novembre 2015.
[42] *Infra*, § 4.7.

diversi territori e forse la percezione che gli Stati hanno della rilevanza dei diversi gruppi in campo: il rappresentante francese menziona Al-Qaida nel Sahel, il rappresentante della Cina il Movimento islamico del Turkistan orientale, i rappresentanti russo e lituano Boko Haram, quello della Nigeria Boko Haram e i gruppi collegati ad Al-Qaida, il rappresentante dell'Angola Boko Haram ed Al-Shabaab[43]. A suggello del ragionamento da cui abbiamo mosso, ovvero dalla distinzione tra Stati che si richiamano alla tradizione giuridica dell'Islām e una forma di revavilismo islamico di cui le formazioni terroristiche di matrice islamica sono la manifestazione più abietta, possiamo porre un'affermazione del rappresentante del Regno Unito nel Consiglio di Sicurezza, laddove si afferma che «*ISIL's brutality knows no bounds and respects no borders*»[44]. Non rispettare dei confini significa non rispettare la sovranità nazionale, uno dei principi cardine del sistema di diritto internazionale, ma non della tradizionale concezione della sovranità nell'Islām. Se quest'ultima sembra in qualche modo ripresa dall'ideologia islamista, non altrettanto si può affermare degli Stati di tradizione islamica che per l'appunto, – tautologico ma non superfluo dirlo in questo contesto – sono Stati.

1.5 *Principi islamici sul piano del diritto interno e sul piano del diritto internazionale*

Rimanendo, per semplificare, sull'esempio della pretesa indipendenza dell'Azawad, riscontriamo sul piano dei rapporti con l'esterno un'adesione al sistema delle Nazioni Unite, sul piano interno all'affermazione dei principi shariatici quale elemento ispiratore della legislazione. È questo un aspetto ampiamente riscontrabile negli ordinamenti di Paesi di tradizione islamica. L'affermazione dei principi shariatici sul piano del diritto interno, per quanto osservato, deve però far escludere che tali principi, che in sé rinviano ad un sistema unitario, possano esercitare un'influenza sulla pratica delle relazioni internazionali degli Stati, mentre indubbiamente influenzano la concezione del diritto che gli Stati adottano nel proprio esclusivo ambito di giurisdizione. Alla luce di questa evidenza, la riaffermazione dei tradizionali principi islamici segnalata da Leben, va considerata in rapporto agli standard internazionali sui diritti umani per verificarne

[43] NU, S/PV.7565, 20 Novembre 2015.
[44] *Ivi*.

l'effettiva pretesa universalità[45]. È a partire dalla *sharī'a* e dalle costituzioni che può essere compresa una reazione identitaria araba agli strumenti internazionali relativi ai diritti umani[46], considerando però che fino alla seconda metà degli anni settanta del secolo scorso, vi era da parte dei Paesi arabo musulmani una sostanziale adesione a un ideale laico universale, messo successivamente in discussione dalla presenza di altre alternative[47]. La cesura temporale è la medesima riferita da Leben a significare una nuova affermazione dei valori e dei principi del diritto islamico a partire da quel periodo, un'affermazione su cui la dottrina ha tardato ad esprimersi, ma che, non più procrastinabile, trova oramai uno specifico spazio nella riflessione internazionalistica[48].

Chiarito tutto ciò, se riaffermazione del diritto musulmano vi è stata, non è dato però rilevare che ciò abbia portato all'elaborazione di una dottrina o di un approccio metodologico allo studio del diritto internazionale. Non vi sarebbero dunque in apparenza, e fatto salvo l'eventuale apporto di altre tradizioni giuridiche che non rientrano però nell'analisi cui è volto il presente lavoro, correnti dottrinali definite al di fuori della tradizione giuridica occidentale.

Alla luce di quanto evidenziato ritorniamo perciò agli approcci metodologici illustrati nel Simposio dell'ASIL, che, come abbiamo visto, ricadono nel perimetro della tradizione occidentale[49].

1.6. *Un discorso sul metodo: Martti Koskenniemi*

Il panorama offerto dal Simposio sul metodo in diritto internazionale, pur non avendo dichiaratamente una pretesa di esaustività, individua sette approcci metodologici così sintetizzati: il positivismo giuridico; la Scuola di New Haven; l'*International legal process*; la Scuola critica del diritto (*critical legal studies*); il diritto internazionale e le relazioni internazionali; la teoria femminista del diritto; il diritto e l'economia.

---

[45] International Law Association, Washington Conference (2014), Islamic Law & International Law, (Draft Report) on *Rule of Law & Freedom of Expression: Islamic law perspectives*.

[46] A. MOULAY RCHID, *Les droits de l'enfant dans les conventions internationales et les solutions retenues dans les pays arabo-musulmans*, RCADI, Vol. 268, 1997, p. 53.

[47] *Ivi*, p. 59.

[48] A titolo di esempio possiamo considerare un recente lavoro di Hugh Thirlway, che suddivide un paragrafo intitolato "*Human rights law*" in "*Human rights law under treaty and custom*", "*Human rights as deriving from general principles*" e "*Human rights and Islam*". È la sola tradizione giuridica islamica a trovare una collocazione a sé stante, a segnarne evidentemente la peculiarità nel più generale contesto della dottrina sui diritti umani, Cfr. H. THIRLWAY, *The Sources of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 175-184.

[49] AA.VV., *Symposium on Method in International Law*, AJIL, *cit*..

Volutamente esclusi dai lavori del Simposio sono gli approcci metodologici che potevano essere stati utilizzati in epoche passate, prova ne sia l'assenza dalla discussione di quelli che evidentemente vengono individuati come *i* sistemi giuridici del passato ovvero il diritto romano, il diritto canonico e il diritto socialista/sovietico[50]. In sostanza, nella prospettiva del Simposio, non solo il presente, ma anche il passato è occidentale.

Si discosta dall'adesione a un siffatto schema Martti Koskenniemi che, invitato a dare il suo contributo in qualità di esponente del cosiddetto *critical legal studies* (CLS)[51], risponde con una lettera nella quale motiva il suo rifiuto a prendere parte all'iniziativa[52]. Data la pregnanza del discorso incentrato sul metodo ne richiamiamo alcuni passaggi.

Lo studioso respinge innanzi tutto l'idea di essere etichettato come appartenente all'una o all'altra corrente dottrinale e con qualche vena polemica si chiede tra l'altro quale fosse il metodo che avrebbe dovuto adottare per scrivere del metodo CLS. A suo avviso il problema di fondo che sarebbe dovuto essere evidente, risiedeva nella struttura del liberalismo, nella cui prospettiva ricadeva anche l'organizzazione del Simposio. La pretesa del liberalismo di essere una cornice neutra entro la quale varie parti possono competere per influenzare la società, si rivela fallace perché una simile neutralità invero non esiste. Lo stesso simposio per Koskenniemi assumeva le sembianze di un meccanismo di inclusione ed esclusione; dov'erano ad esempio, si chiedeva, i metodi dell' "etica", del "diritto naturale" o degli "studi postcoloniali"?[53]. Lo studioso operava quindi una ricostruzione storica degli approcci metodologici in diritto internazionale e a partire poi dalle osservazioni che aveva maturato nel corso della sua esperienza professionale, tratteggiava le conclusioni cui era giunto sul piano teorico.

Vi sarebbe per Koskenniemi una proprietà intrinseca nella legge – a prescindere da qualsivoglia influenza di ordine politico – secondo la quale, a partire da una stessa norma, possono essere ricavate delle conclusioni contraddittorie e ugualmente valide. L'argomentare giuridico, purché si esprima in un linguaggio rigorosamente formale,

[50] S. R. RATNER, A-M. SLAUGHTER, *Appraising the Methods of International Law, cit.*, p. 293.
[51] N. PARVIS, *Critical legal Studies in Public International Law,* in: *Harvard International Law Journal*, Vol. 32, n.1, Winter 1991, pp. 81-127; J. KLABBERS, *International Law*, Cambridge University Press, New York, 2013, pp. 13-14.
[52] M. KOSKENNIEMI, *Letter to the Editors of the Symposium*, AJIL, Vol. 93, n. 2 (Apr., 1999), pp. 351-361.
[53] *Ivi*, pp. 351-352.

permette la difesa di qualunque posizione. La competenza giuridica altro non sarebbe che la conoscenza di uno specifico linguaggio, che è cosa diversa dal definire l'identità di una norma. Il linguaggio giuridico internazionale sarebbe dunque connotato dalla coesistenza di un rigoroso formalismo e di una sostanziale indeterminatezza[54]. Vi sono diversi modi o stili nell'argomentare giuridico e questi sono definiti da un contesto, non da un metodo o da una dottrina idonei a provare la correttezza di un ragionamento. Ogni stile è idoneo a difendere qualunque posizione si voglia difendere, ma nessuno di essi concede l'agio di eliminare un coinvolgimento "politico" soggettivo[55]. Il linguaggio delle fonti di diritto o dei "valori di base" è reso effettivo in quei contesti della pratica giuridica che sono identificati esattamente attraverso quegli stessi stili del linguaggio. Di qui «*International law in all its stylistic variations always involves translation from one language to another. Through it, the languages of power, desire and fear that are the raw materials of social conflict are translated into one or another of the idiolects expounded in the contributions to the symposium*». La traduzione tuttavia, non è completamente priva di conseguenze sul piano normativo[56]. Il contributo particolare che può derivare dall'impiego di stili diversi – potremmo anche dire da "diversi approcci stilistici" – risiede nell'abilità di gettar luce sulle priorità nascoste delle correnti dominanti e sul modo in cui la traduzione giuridica, nel senso innanzi esposto, articola alcuni valori e ne esclude invece altri. Il contesto di fondo rimane un contesto conflittuale, per cui l'argomentazione giuridica può tendere a rafforzare alcune voci e a limitare o a indebolirne altre[57]. Il fatto che lo stile dell'argomentazione giuridica si esprima attraverso un dato linguaggio emerge dai diversi contributi sul metodo presenti al Simposio, ove si cerca di stabilire una relazione solida tra un linguaggio e il mondo che esso ritiene di rappresentare. Ma per descrivere la relazione che esiste tra linguaggio e mondo vi dovrebbe essere una modalità indipendente dal linguaggio, alla quale poter comparare le forme del linguaggio. Tale modalità però non esiste e le forme del linguaggio di fatto creano dei mondi, non li riflettono. Così se la metodologia giuridica è costituita da un insieme di convenzioni linguistiche e dalle relazioni che tra esse intercorrono, il tentativo di ogni metodo di dimostrare di esser migliore degli altri

[54] *Ivi*, p. 355.
[55] *Ivi,* p. 356; R.A. FALK, *To what Extent are International Law and International Lawyers Ideologically Neutral?*, in: A. CASSESE, J.H.H. WEILER (eds), *Change and Stability in International law-Making*, de Gruyter, Berlin, 1988, p.137.
[56] M. KOSKENNIEMI, *Letter to the Editors of the Symposium*, *cit*., p. 357.
[57] *Ivi*, p. 358.

diviene impossibile, determinando le premesse di ciascuno le conclusioni alle quali è possibile pervenire. Da questo punto di vista per Koskenniemi la realtà del diritto, in quanto scienza, è diacronicamente e sincronicamente discontinua, essendo le trasformazioni dello stile giuridico legate a mutamenti più generali dei contesti sociali e di identificazione culturale[58]. Sono i metodi a creare le loro proprie realtà. Esistono in quanto convenzioni linguistiche senza che tra di esse possa determinarsi un rapporto gerarchico. Lungi dall'essere un fenomeno superficiale il metodo è ciò che unifica e fa identificare un gruppo di persone in una comunità.

Per Koskenniemi, l'universalismo contemporaneo e le convenzioni della scienza, della tecnica e dell'economia che ad esso sono associate, si stanno sviluppando in una lingua franca liberale e globalizzata, di cui è necessario mettere a fuoco i pericoli, le discontinuità e i meccanismi di esclusione. Il liberalismo può essere oggetto di un'analisi critica solo adottando uno stile che rompa con le convenzioni liberali, uno stile che sia in grado di articolare le violazioni che sono represse nelle interazioni linguistiche dominanti[59].

1.7. *Questione di concetti e di linguaggio*

L'approccio critico, così ricostruito alla stregua della personale sintesi che ne fa Koskenniemi, insiste sui meccanismi di inclusione-esclusione che sarebbero determinati dalla comune cornice di stampo liberale, nella quale si collocano gli approcci metodologici presentati al Simposio.

L'ideologia liberale è un'elaborazione della cultura occidentale, così come, se vogliamo riprendere la prima opposizione dottrinale data in diritto internazionale, lo sono le dottrine del giusnaturalismo e del positivismo giuridico[60], che, nelle parole di Koskenniemi e David Kennedy, rimangono le due polarità tra le quali il diritto internazionale è alla perenne ricerca di un compromesso[61]. La tradizione giuridica dell'Islām in effetti non ha elaborato una nozione autonoma di diritto naturale, né di diritto positivo, e se può essere individuata una qualche analogia con tali dottrine frutto

[58] *Ivi,* p. 359.
[59] *Ivi*, pp. 360-361.
[60] E. OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, Cedam, Padova, 1993, pp. 95-132.
[61] J. KLABBERS, *International Law*, *cit..,* p. 13.

della coscienza giuridica europea[62], di certo questa non è idonea a sostenere un qualunque approccio a quella che possiamo chiamare la concezione islamica del diritto internazionale[63] che, nella sua configurazione classica, rimane legata alla metodologia giuridica del diritto islamico[64].

Giova ricordare che il diritto internazionale, così come il diritto degli Stati in Occidente per lo meno in epoca moderna, può essere considerato un diritto "laico" se visto in rapporto ai cosiddetti diritti religiosi tra i quali va annoverato anche il diritto islamico. L'ascendenza del diritto internazionale nella tradizione giuridica europea, come vedremo più estesamente in seguito, disegna esattamente il carattere della sua laicità, perché è nel divenire del medesimo processo storico che da un lato viene fissata convenzionalmente l'origine del diritto internazionale, dall'altro trae impulso in Occidente l'emancipazione dell'esperienza giuridica da un fondamento giusnaturalistico di matrice religiosa secondo cui «il diritto rispecchia una legge che precede l'uomo e a cui l'uomo deve attenersi»[65]. Le guerre di religione che hanno attraversato l'Europa nei secoli XVI e XVII a seguito della riforma protestante si son potute concludere soltanto «fondando il diritto naturale su ciò che rimaneva comune a uomini di convinzioni religiose differenti: la coscienza e la ragione» segnando progressivamente la scomparsa di Dio nelle teorie giusnaturalistiche[66]. Ecco dunque che «*Laïcité et positivisme vont de pair. Le principe laïc s'inscrit en effet dans le prolongement logique du positivisme auquel il emprunte notamment le postulat neutraliste*»[67]. La neutralità di cui si ammanta il positivismo diviene sì neutralità rispetto all'alterità di un diritto fondato su basi religiose, ma è comunque espressione di un determinato contesto storico e culturale, poiché «la laicizzazione progressiva del Diritto naturale – e parimenti della teoria politica – emerse dal furore delle controversie religiose e parve un effetto, reputato ormai inevitabile, della rottura che aveva subito l'unità cristiana»[68]. È cioè in un ambiente dominato dalla tradizione cristiana e da vicende interne al cristianesimo che

[62] A.M. EMON, *Natural Law and natural right in Islamic law*, Journal of Law and Religion, Vol. 20, n. 2, 2004-2005, pp. 351-395.
[63] A. RECHID, *L'Islam et le droit de gens*, *cit*, pp. 371-506; M. KADDURI, *Islam and the Modern Law of Nations*, AJIL, Vol. 50, n. 2 (Apr. 1956), pp. 358-360.
[64] W.B. HALLAQ, *A History of Islamic Legal Theories: An Introduction to the Sunni Usul Al-Fiqh*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997; *Infra*, § 1.18.
[65] S. FERRARI (a cura di), *Introduzione al diritto comparato delle religioni. Ebraismo, Islam, Induismo*, il Mulino, Bologna, 2008, p. 40.
[66] *Ivi*, p. 42.
[67] P. CHIAPPINI, *Le droit et le sacré*, Dalloz, Paris, 2006, p. 313.
[68] J-J. CHEVALLIER, *Storia del pensiero politico*, Vol. II, *L'età moderna*, il Mulino, Bologna, 1989, p. 155, edizione originale: *Histoire de la pensée politique*, Tome 2, Payot, Paris, 1979.

emerge la concezione del diritto positivo, una concezione che riguarderà sia il diritto interno degli Stati che il diritto internazionale, persistendo tuttavia in entrambi i casi una tensione con le dottrine giusnaturalistiche. Se in effetti è possibile affermare, pur con qualche approssimazione, che nell'insieme i diritti religiosi si collocano nell'ambito delle concezioni giusnaturalistiche del diritto[69], tale affermazione è possibile nella misura in cui si possegga una nozione di "diritto naturale", la quale è definita nell'ambito della tradizione occidentale. Ne consegue che la tensione tra le polarità del giusnaturalismo e del positivismo giuridico agiscono all'interno della medesima cornice culturale e che altre tradizioni giuridiche, fossero anche ascrivibili al giusnaturalismo in quanto fondate su di un diritto sacro, sono di fatto state escluse da tale dialettica, essendo tra l'altro l'approdo al positivismo giuridico nella dimensione del diritto interno degli Stati non occidentali, un fenomeno di adeguamento a degli standard imposti direttamente o indirettamente dall'esterno. E quindi non un processo autoctono. Non stupisce pertanto che se la prima opposizione dottrinale in diritto internazionale è quella tra positivismo giuridico e giusnaturalismo, questa non possa che fondarsi sulla tradizione giuridica occidentale.

1.8. *La concezione del diritto naturale in Grozio, tra universalità e parzialità*

È opportuno a questo punto richiamare il pensiero di Grozio, uno dei padri del diritto internazionale in quanto disciplina autonoma.

Grozio considerava già nelle prime righe del *De iure belli ac pacis*[70] che il diritto che intercorreva tra diversi popoli o tra coloro che reggevano gli Stati, era stato oggetto di scarso interesse e che nessuno aveva spiegato tale diritto in modo esauriente e in forma di sistema. Ciò nonostante reputava che fosse nell'interesse del genere umano che vi fosse qualche opera che trattasse di tali argomenti, ovvero di tutto ciò che riguarda il diritto della guerra e della pace[71]. A partire da tale obiettivo, Grozio laicizzerà la teologia cristiana attraverso l'elaborazione di una concezione meramente razionale del diritto[72].

---

[69] S. FERRARI (a cura di), *Introduzione al diritto comparato delle religioni, cit*., p. 40.
[70] H. GROTII, *De iure belli ac pacis, Libri tres*, 1625.
[71] H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, *Discours Preliminaire*, nouv. Trad. Par J. BARBEYRAC, Pierre de Coup, Amsterdam , 1724, p.1.
[72] P. CHIAPPINI, *Le droit et le sacré*, *cit*., p. 267.

Dopo aver sostenuto una naturale inclinazione alla socievolezza negli esseri umani e la loro facoltà di agire seguendo certi principi generali, Grozio afferma che la fonte del Diritto risiede proprio in tale socievolezza e nell'attitudine di mantenere una Società in conformità ai lumi dell'umano intelletto. Da ciò deriverebbe poi un'idea più estesa che va collegata alla parola Diritto secondo cui è la retta ragione che fa distinguere ciò che è utile o dannoso[73] e tutto ciò sarebbe vero, «*quand même on accorderoit, ce qui ne se peut sans un crime horrible, qu'il n'y a point de DIEU, ou s'il y en a un, qu'il ne s'interesse point aux choses humaines*»[74]. Il diritto naturale infatti è dato da «*certains principes de la Droite Raison, qui nous font connoître qu'une Action est moralement honnête ou deshonnête, selon la convenence ou la disconvenance nécessaire qu'elle a avec une Nature Raisonable et Sociable*»[75]. I principi dati dalla Ragione e che orientano l'azione umana, rendono un'azione obbligatoria o vietata *in sé* e il fondamento su dei principi di ragione è ciò che fa concepire un'azione come necessariamente ordinata o proibita da Dio. Per questi motivi secondo Grozio il diritto naturale non solo va distinto dal Diritto umano, ma anche dal Diritto divino volontario, in quanto quest'ultimo non comanda o proibisce ciò che è obbligatorio o proibito in sé, in base quindi ai principi di una retta ragione, ma ciò che Dio proibisce o ordina è proibito o obbligatorio per il mero fatto di promanare dalla volontà Divina[76]. Elemento distintivo del diritto naturale è la sua immutabilità, al punto che nemmeno Dio, nella Sua infinita Potenza, potrebbe apportarvi cambiamento, perché come sarebbe impossibile a Dio «*de faire que deux fois deux ne soient pas quatre; il ne lui est non plus possible de faire que ce qui est mauvais en soi & de sa nature, ne soit pas tel*»[77].

Il diritto naturale dunque trova il suo fondamento nella razionalità umana e non nella volontà o nei precetti divini. E il diritto positivo trova fondamento nel diritto naturale ovvero nella razionalità dell'uomo. Un simile passaggio è assente nella teoria giuridica islamica secondo cui «*La Loi divine coranique ne peut être complètement appréhendée par la raison humaine (ta'abbudi). La révélation, avec ses contradictions et ses dispositions incompréhensibles, doit être acceptée par l'homme comme l'expression d'une sagesse insondable. La Loi qui s'y exprime est basée sur la volonté d'Allah qui n'obéit à aucun principe humain et elle se présente dès lors à ses fidèles comme*

[73] H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, *Discours Preliminaire*, *cit*., pp. 7-8.
[74] *Ivi*, p. 10.
[75] H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, *cit*, *Livre I, Chapitre I*, pp. 48-49.
[76] *Ivi*, p. 49.
[77] *Ivi*, pp. 50-51.

infiniment supérieure à la sagesse humaine […]. La Loi divine ne peut être entièrement assimilée par la raison»[78]. Questo era vero per l'epoca in cui scriveva Grozio, ma anche sino a tempi più recenti[79], se si considera che è con la *Majalla* ottomana promulgata tra il 1870 e il 1876[80], che il diritto sacro islamico viene "codificato" in un testo emanato da un legislatore secolare e che a tutt'oggi vi sono settori del diritto nei Paesi di tradizione islamica che nonostante trovino esposizione nella forma di codice, ripetendo le disposizioni del diritto sacro, non si ritiene possano essere modificati attraverso le normali procedure di produzione legislativa. Ne è un esempio la riforma della Mudawwana, il Codice di famiglia del Regno del Marocco[81], che dichiara nel preambolo che ai fini della riforma è stata costituita una commissione consultiva composta da esperti e da *ulama* invitati dal Sovrano[82] a tener fede ai precetti giuridici, allo spirito e alle finalità dell'Islām, esercitando però lo sforzo dottrinale dell'*ijtihād*[83], considerando lo spirito dell'epoca e gli impegni assunti dal Regno del Marocco in materia di diritti dell'uomo quali sono universalmente riconosciuti. La riapertura della porta dell'*ijtihād* in tal caso implica la necessità di operare una sintesi tra precetti islamici, modernità e diritto internazionale. Riaprire la porta dell'*ijtihād* significa poter esercitare uno sforzo razionale a partire dalle fonti primarie del diritto islamico al fine di poter modificare il diritto vigente. La razionalità umana quindi potrà essere dispiegata non per individuare dei precetti valevoli *in sé*, ma per costruire delle norme che si ritengono essere in sintonia con la volontà divina espressa nella Rivelazione coranica.

Anche se potrà forse essere parso insolito accostare la dottrina di Grozio elaborata nel XVII secolo a un diritto meramente interno di uno Stato contemporaneo di tradizione islamica, vediamo che vi sono delle chiare ragioni per un simile accostamento.

---

[78] E. KLINGMÜLLER, *Le concept de légalité dans le droit islamique*, in: *Rapports généraux au VI^e Congrès international de droit comparé*, Hambourg, 30 juillet-4 Aout 1962, Établ. Bruylant, Bruxelles, 1964, p. 207.

[79] L'osservazione sarebbe superflua alla luce del "dogma" secondo cui «*La loi divine est éternelle; révélée à l'homme et codifiée dans le "Coran éternel"*» (*Ivi*), ma dobbiam tener presente che il dato non solo potrebbe non essere immediatamente chiaro a chi non ha una qualche confidenza col diritto islamico, ma che al di là del "dogma" lo stesso diritto islamico conosce una storicizzazione, come dovrebbe emergere dal prosieguo del discorso.

[80] *Encyclopédie de l'Islam*, Nouvelle édition, Tome VI, Livr. 113-114, Brill, Leiden, 1991, pp. 963-964.

[81] Dahir n° 1-04-22 du 12 Hija 1424 (3 février 2004) Portant promulgation de la loi n° 70-03 portant code de la famille.

[82] Il Sovrano marocchino è definito dall'articolo 41 della Costituzione del 2011 *Amīr al-mu'minīn*, titolo adottato per la prima volta dal secondo califfo 'Umar ibn al-Khattab (634-644) e che indica il comandante o la guida dei credenti, ovvero il rappresentante tanto del volere divino che della comunità.

[83] *Infra,* § 1.18.

Se lo scopo di Grozio era quello di illustrare il diritto della guerra e della pace ovvero il diritto che regola i rapporti tra Stati, la dottrina delineata non concerne il solo diritto internazionale, ma *il* diritto, senza distinzione tra diritto interno e diritto internazionale, una distinzione peraltro concettualmente prematura per l'epoca. La dottrina di Grozio influenzerà quindi sia il diritto interno degli Stati europei che il diritto internazionale, imprimendo in entrambi gli ordini un'impronta che avrà delle conseguenze anche sul piano della metodologia giuridica, mentre in questo processo non saranno coinvolte altre tradizioni giuridiche. Consideriamo solo, sulla traccia dell'esempio illustrato, che il Regno del Marocco, pur avendo in qualche misura preso parte alla vita di relazione internazionale (europea) già prima dell'istituzione del Protettorato nel 1912, è formalmente indipendente solo dal 1956. Si potrebbe dire che anche la geografia politica europea è mutata dai tempi Grozio, ma ciò che rileva è la modalità con la quale sono andate costituendosi le norme di diritto internazionale e i soggetti per i quali quelle norme si ritenevano (e si ritengono) operanti.

Grozio nel *De iure belli ac pacis*, s'interroga sulla liceità di concludere trattati e alleanze con coloro che non praticano la vera Religione, reputando in prima battuta che secondo la Legge di natura nulla vi osterebbe, poiché il diritto di concludere alleanze è comune a tutti gli uomini a prescindere dal credo professato[84]. Il Dio di Grozio però è il Dio cristiano ed egli, dopo aver sostenuto la sua tesi portando numerosi esempi di simili alleanze tratti dal Vecchio e dal Nuovo Testamento[85] sostiene che nonostante in principio non sia illecito concludere trattati e alleanze con Potenze che non si riconoscono nella vera Religione, sarà comunque necessario valutarne l'opportunità in base alle circostanze. Anche se sorretto da «*toute raison juste en elle-même*» nulla avrebbe potuto giustificare un accordo che in modo diretto o indiretto fosse stato suscettibile di nuocere alla Religione poiché era necessario «*penser avant toutes choses à la propagation de l'Evangile*»[86]. I Cristiani, come Membri di un unico Corpo, erano tenuti a soccorrersi gli uni con gli altri e tale precetto riguardava tanto i rapporti tra individui che i rapporti tra popoli e tra Governi, i quali su questa base erano tenuti a soccorrersi vicendevolmente nel caso in cui un Nemico della Religione avesse attaccato degli Stati cristiani[87].

---

[84] H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, *cit*, *Livre II, Chapitre XV*, p. 480.
[85] *Ivi*, pp. 481-484.
[86] *Ivi*, p. 485.
[87] *Ivi*, p. 486.

Secondo tale dottrina dunque era lecito stipulare trattati con Stati non cristiani solo fintanto che accordi o alleanze non avessero potuto compromettere gli interessi della cristianità. Concludere siffatti trattati però non era contrario al diritto naturale ed essi infatti potevano essere sorretti da ragioni in sé giuste. Se però il diritto naturale è dato da taluni principi di ragione che ci fanno conoscere se un'azione è moralmente onesta o disonesta a seconda che essa convenga o meno con una natura ragionevole e socievole e il diritto naturale è immutabile, vediamo che rispetto ai trattati con Stati non cristiani viene posto un limite all'operatività del diritto naturale. L'elemento della convenienza che deve essere passato al vaglio di una natura ragionevole, ovvero dotata di ragione, e socievole, ovvero incline alla socievolezza e che porta ad un'organizzazione sociale, presupposto primo questo sul quale Grozio articola la sua dottrina, è declinato rispetto ai trattati con Stati non cristiani nel senso della convenienza rispetto alla salvaguardia degli interessi della cristianità che una natura ragionevole deve poter valutare, e ne consegue perciò che la cristianità è quella società nella quale si esplica l'esercizio di una retta ragione e l'organizzazione sociale degli esseri umani.

È pertanto nella stessa costruzione groziana del diritto naturale sulla quale, anche se non in via esclusiva, poserà la dottrina del diritto positivo, che si rinviene un'esclusione di tradizioni non cristiane *ergo* non europee dall'ambito di operatività del diritto naturale, nonostante l'affermazione di principio dell'universalità e dell'immutabilità di tale diritto.

Constatiamo dunque che se da un lato una nozione di diritto naturale non è stata elaborata nell'ambito della tradizione islamica dove a tutt'oggi si tende a parlare di opposizione tra "precetto religioso" e "diritto positivo" – che coinvolge la relazione tra sfera pubblica e sfera privata, tra diritto e morale e che, in definitiva, coinvolge lo statuto stesso del diritto[88] – , è la stessa tradizione che ha elaborato concettualmente la nozione di diritto naturale che quando proietta sul piano internazionale tale concezione, tende ad escludere tradizioni giuridiche e/o culture che non affondassero le loro radici nella tradizione cristiana.

Sotto il profilo metodologico quindi l'assenza in diritto internazionale di una dottrina che promani dalla tradizione giuridica dell'Islam ha ragioni sia di tipo endogeno a tale tradizione, sia di tipo esogeno, in quanto l'ambiente giuridico che ha forgiato la disciplina del diritto internazionale non solo non ha potuto che trasmettervi delle

[88] A. FILALI-ANSARY, *L'Islam est-il hostile à la laïcité ?,* Ed. Le Fennec, Casablanca, 1997, pp. 34-38.

categorie che gli erano proprie, ma si è avvalso di quelle stesse categorie per circoscrivere ai soli Stati europei la piena operatività di quel diritto che avrebbe governato i rapporti di quella comunità che andava costituendosi come comunità internazionale. Laddove nel Simposio dell'ASIL i sistemi giuridici del passato vengono individuati nei soli sistemi di diritto romano, di diritto canonico e nel sistema socialista/sovietico[89] non possiamo dunque che rinvenire, in questo caso per quanto attiene alla metodologia giuridica, un'ideale linea di continuità con la tradizione "nobile" del diritto internazionale.

1.9. *Il primo stadio di formazione di una comunità internazionale secondo Roberto Ago.*

Per completezza consideriamo uno studio di Roberto Ago nel quale l'autore sostiene il pluralismo culturale di quello che secondo questa voce è considerato il primo stadio di formazione di una comunità internazionale, individuato nei rapporti che intercorrevano tra potentati indipendenti nell'area Euro-Mediterranea in epoca medievale. Le pratiche in base alle quali tali potentati regolavano i loro rapporti esterni erano frutto di un'interazione tra quegli stessi potentati che sinteticamente possono essere individuati nell'area Cattolica dell'Europa Occidentale, nell'area Bizantino-Ortodossa e nell'area Arabo-musulmana. Le differenze anche considerevoli che caratterizzavano questi gruppi culturali non hanno impedito che si formassero tra loro delle regole comuni da tutti riconosciute e applicate, secondo cui, tra l'altro, gli interessi concreti spesso prevalevano sulle affinità religiose o culturali[90]. Nonostante il concorso nella formazione di regole che scaturivano «*spontaneously from the co-existence of the members of the new community of States established around the Mediterranean basin*»[91], sia ampiamente documentato da un punto di vista storico, ciò che è assente è la testimonianza successiva a questa fase di un Grozio arabo o bizantino-ortodosso, ovvero della teorizzazione e definizione della materia "diritto internazionale" da parte di voci non appartenenti all'Europa occidentale dove, muovendo dall'osservazione di una situazione *de facto* si è teorizzato e quindi sistematizzato il diritto internazionale, includendovi delle norme alla cui formazione evidentemente hanno in origine, come

[89] *Supra § 1.6.*
[90] R. AGO, *Pluralism and the origins of the International community*, in: *The Italian Yerabook of International Law*, Vol. III, 1977, pp. 3-30.
[91] *Ivi*, p. 29.

spiega Ago, concorso anche altre culture. Ci potremmo tuttavia chiedere se quest'assenza non sia imputabile proprio al modo in cui il fenomeno giuridico veniva concepito al di fuori dell'Europa.

1.10. *Antichi principi di diritto musulmano: il caso del personale diplomatico e consolare degli Stati Uniti a Teheran*

È interessante su questo punto ricordare la sentenza della Corte internazionale di giustizia sul caso del personale diplomatico e consolare degli Stati Uniti a Teheran[92] e l'opinione dissidente del giudice Salah El Dine Tarazi[93]. La Corte, richiamando le disposizioni delle Convenzioni di Vienna sulle relazioni diplomatiche del 1961 e sulle relazioni consolari del 1963 sostiene che gli obblighi che gravavano sul Governo dell'Iran non derivavano solo dai suddetti strumenti di natura pattizia, ma erano obblighi imposti anche dal diritto internazionale generale[94]. In un solo passaggio della sentenza la Corte evoca la tradizione dell'Islam nei termini seguenti: «*the principle of the inviolability of the persons of diplomatic agents and the premises of diplomatic missions is one of the very foundations of this long-established régime, to the evolution of which the traditions of Islam made a substantial contribution*»[95]. D'altro canto è nello stesso esordio della Convenzione sulle relazioni diplomatiche che si ricorda che "sin dai tempi più lontani i popoli di tutti i paesi riconoscono lo *status* degli agenti diplomatici".

Per quanto riguarda la tradizione islamica è però il giudice Tarazi a darci un'indicazione più esaustiva dell'attitudine dell'Islam rispetto all'inviolabilità degli agenti diplomatici e lo fa ricorrendo a delle citazioni tratte dalla Sunna del Profeta riportate da Ahmed Rechid in un corso tenuto all'Accademia di diritto internazionale dell'Aia nel 1937[96]. Non viene dunque fatto nessun riferimento alla prassi degli Stati islamici dell'antichità, ma vengono indicate delle norme facenti parte del corpo della

---

[92] *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I.C.J. Reports 1980*, p. 3.
[93] M. TARAZI, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I.C.J. Reports 1980*, p. 3, *Opinion dissidente*, pp. 58-66.
[94] *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I.C.J. Reports 1980,* § 62, p. 31.
[95] *Ivi*, § 86, p. 40.
[96] M. TARAZI, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I.C.J. Reports 1980*, p. 3, *Opinion dissidente*, p. 59; A. RECHID, *L'Islam et le droit de gens*, RCADI, Vol. 60, 1937- IV, pp. 421-422. Si veda anche: M. CHERIF BASSIOUNI, *Protection of Diplomats Under Islamic Law*, AJIL, Vol. 74, n. 3 (Jul., 1980), pp. 609-633: «*The Prophet's sayings and practices clearly establish the principle of diplomatic immunity and do not in any way place a limit on it, which is in keeping with the Koran* », *Ivi*, p. 613.

Sunna[97] e perciò norme di diritto sacro, posto comunque che il governo instaurato dal Profeta Muhammad a Medina è a tutti gli effetti il primo Governo islamico della storia. Nonostante le norme sui rapporti diplomatici che confluiscono nella Sunna fossero sorrette da una tradizione precedente, il comportamento che i Governi islamici dovevano tenere nei confronti degli ambasciatori non era, seguendo quest'impostazione, fondato sulla prassi, ma su un diritto sacro che in quanto tale, come già richiamato, rispecchia una legge che precede l'uomo e a cui l'uomo deve attenersi. Troviamo dunque in tal senso, l'impossibilità di un'emancipazione del diritto islamico dal giusnaturalismo che, nella sua costruzione teorica, vediamo protrarsi sino a tempi a noi vicini.

Tarazi però, che sul principio dell'inviolabilità delle missioni diplomatiche e consolari e sull'immunità di cui godono i loro membri, condivide l'analisi svolta dalla Corte, rafforzandone se possibile gli argomenti ricorrendo anche alla tradizione giuridica dell'Islam, se ne discosta allorquando si tratta di delineare la responsabilità dell'Iran nei confronti degli Stati Uniti. Sulla responsabilità degli Stati in diritto internazionale egli richiama a sostegno della sua tesi, dei principi di diritto privato tratti da un testo definito "classico"[98] della dottrina francese. Il diritto islamico dunque, in materia di responsabilità, scompare dalle argomentazioni del giudice Tarazi.

Quello che parrebbe emergere dunque è che se nella costituzione della prassi più antica dei rapporti tra Stati si rinviene il concorso di culture diverse da quella europea nella formazione di norme di diritto internazionale, tale concorso pare essere escluso quando il diritto internazionale si consolida come disciplina autonoma e a partire da una mera "pratica" internazionale comincia ad essere elaborata una specifica dottrina. Se sarà la dottrina a definire i principi di diritto internazionale, beninteso sempre a partire da un dato di realtà, sarà la dottrina o meglio saranno le dottrine a interpretare il fenomeno giuridico internazionale in base al loro specifico punto di vista sui rapporti internazionali e quindi con ogni probabilità in base agli interessi degli Stati di cui sono emanazione.

Ancor oggi il fatto che non siano individuabili degli approcci metodologici in diritto internazionale che non siano fondati sulla tradizione giuridica del mondo occidentale, può spiegarsi col fatto che una generazione di «*semi-peripheral international lawyers*»,

[97] *Infra* § 1.18.
[98] H., L., et J. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. II, 6e éd., Paris, 1970, p. 552.

per entrare nel dibattito disciplinare, si è appropriata della teoria giuridica internazionale occidentale cercando, a partire da questa, di affermare una dottrina funzionale agli interessi dei loro Stati[99].

Con l'opinione del giudice Tarazi ci siamo avvicinati al tema principale del nostro studio. Prima di avanzare però concludiamo il nostro discorso sulla metodologia in diritto internazionale considerando un ulteriore approccio dottrinale che merita di essere menzionato.

1.11. *Third World Approches to International Law*

Parliamo del *Third World Approches to International Law* (TWAIL), così qualificato in tempi relativamente recenti, ma le cui prime analisi risalgono al periodo successivo alla seconda guerra mondiale e in particolare alla fase della decolonizzazione. Il *Third World Approches to International Law* fu così denominato nel 1996 da un gruppo di studiosi di diversa provenienza riunitisi con l'intento di definire la possibilità di un approccio terzomondista al diritto internazionale e di individuarne quindi le principali problematiche[100]. Mentore dell'operazione fu David Kennedy, a segnarne l'ascendenza ascrivibile al CLS, nella sua fase costitutiva. Tema centrale del TWAIL è la sfida all'egemonia della visione eurocentrica del diritto internazionale. Sono riconducibili a tale approccio talune personalità del mondo arabo, tra cui l'algerino Mohammed Bedjaoui[101], nella cui analisi troviamo alcuni tratti distintivi del TWAIL. Per Bedjaoui il diritto internazionale classico era costituito da un insieme di norme «*with a geographical bias (it was a European law), a religious-ethical aspiration (it was a Christian law), an economic motivation (it was a mercantilist law), and political aims (it was an imperialist law)*»[102].

Il primo punto delineato da Bedjaoui è l'assunto di partenza della riflessione del TWAIL, che adotta una metodologia che include un'analisi storica al fine di riesaminare sia i fondamenti del diritto internazionale, che il rapporto che si è dato tra paesi

---

[99] A. BECKER LORCA, *Universal International Law: Nineteenth-Century Histories of Imposition and Appropriation*, in: *Harvard International Law Journal*, Vol. 51, N. 2, Summer 2010, pp. 477-478.
[100] J.T. GATHII, *TWAIL*: *a brief history of its origins, its decentralized network, and a tentative bibliography,* in: *Trade, Law and Development*, Vol. III, n. 1, 2011, p. 28.
[101] B.S. CHIMNI, *The world of TWAIL: Introduction to the special issue*, *Ivi*, p. 18.
[102] M. BEDJAOUI, *Poverty of the International Order*, in: R. FALK, F. KRATOCHWIL, S. MENDLOVITZ (eds), *International Law: a contemporary perspective*, Westview Press, Boulder, 1985, p. 153.

europei/occidentali e paesi non europei[103]. Sul terzo e quarto punto, è incentrata l'analisi del TWAIL sui rapporti di dominio, instauratisi non solo tra paesi avanzati e paesi del terzo mondo, ma anche nei rapporti sociali all'interno di questi ultimi[104]. Alla scarsa disponibilità di mezzi economici e a un'inadeguata organizzazione dei sistemi di formazione, è infatti in parte imputabile il ritardo con cui i paesi meno avanzati sul piano economico, hanno iniziato a maturare un'autonoma elaborazione dottrinale sul sistema di diritto internazionale, avendo perciò ritenuto sufficiente attingere da una produzione scientifica occidentale, considerata più rigorosa e di più elevata qualità scientifica[105]. Sull'aspirazione etico-religiosa di matrice cristiana del diritto internazionale, il TWAIL non offre una riflessione particolare. Essa rientra piuttosto tra gli elementi dell'eredità del dominio coloniale dei secoli XIX e XX: i territori colonizzati hanno adottato la forma dello Stato occidentale[106], mantengono strutture giuridiche in parte derivate dalla potenza coloniale, hanno adottato come lingua ufficiale o comunque veicolare la lingua del colonizzatore, delle maggioranze religiose degli ex territori coloniali, con l'eccezione però dell'area del Medio Oriente, hanno adottato dei principi morali attinti dalla tradizione giudaico-cristiana delle potenze coloniali[107].

L'eccezione segnalata riguarda gli Stati di tradizione islamica il cui credo religioso è consunstanziale ad un ordine giuridico[108].

Il confluire di studiosi provenienti da Stati di tradizione islamica nell'area di quello che è stato anche se solo di recente definito TWAIL, esclude ancora una volta che vi sia una riflessione sulla metodologia in diritto internazionale che si connoti quale espressione della cultura giuridica dell'Islam, respingendo naturalmente i già menzionati approcci teorici del radicalismo islamico che per assunti di base e per le modalità con cui pretendono di incidere sulla realtà, collocano il loro discorso e i loro aderenti *de iure* se non *de facto* al di fuori della comunità internazionale.

Benché i paesi islamici siano stati convenzionalmente considerati paesi del terzo mondo, un approccio di tipo TWAIL non sembra il più idoneo a sostenere il presente

---

[103] J.T. GATHII, *TWAIL: a brief history*, *cit*., p. 30.
[104] B.S. CHIMNI, *The world of TWAIL*, *cit.*, pp. 15-16, p. 20.
[105] *Ivi*, p. 15. L'autore si riferisce in particolare alla situazione in India.
[106] «Nelle aree periferiche gli Stati non sono un prodotto evolutivo autoctono bensì per lo più il risultato di un'esportazione coatta, avvenuta nell'età del colonialismo, oppure il frutto di un adattamento di assetti istituzionali della più varia origine a modelli di democrazia costituzionale, assimilati da *élites* acculturate secondo i parametri della cultura occidentale dominante nelle organizzazioni internazionali», P-P. PORTINARO, *Stato*, il Mulino, Bologna, 1999, p. 149.
[107] J.T. GATHII, *TWAIL: a brief history*, *cit*., p. 38.
[108] *Infra*, § 1.18.

lavoro, dato che le identità giuridiche diverse da quella occidentale che ha permeato la formazione e la struttura del diritto internazionale, vengono prevalentemente assorbite da contrapposizioni di ordine economico. Inoltre, uno dei primi scritti dedicati in modo specifico all'approccio TWAIL, esordisce affermando che "*The regime of International law is illegitimate*"[109], il che comporta una negazione del diritto internazionale, che non può essere illegittimo in sé, in quanto per essere definito tale, dovrebbe prima essere indicato un altro ordine giuridico idoneo a sostenerne l'illegittimità. Il che non è dato, per cui è chiaro che si tratta di un'affermazione di ordine politico che pare precludere o comunque lasciare nell'indeterminatezza un'analisi di tipo giuridico.

1.12. *Conclusioni*

Per concludere, l'approccio critico, che nell'illustrazione datane dal Simposio dell'ASIL pone l'accento sull'importanza della cultura nello sviluppo della scienza giuridica, offre una visione critica del progresso del diritto in rapporto alla sovranità statuale ed evidenzia l'importanza del linguaggio[110], ci sembra il più adatto nell'affrontare la presente ricerca, considerando, tra l'altro, che ai sensi dell'articolo 39.1 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, lingue ufficiali della Corte sono il Francese e l'Inglese, due lingue europee, che in quanto tali possono esprimere l'universo giuridico che è loro proprio[111].

---

[109] M. MUTUA, *What is TWAIL?,* in: 94 ASIL. Proc., 2000, p. 31.

[110] S. R. RATNER, A-M. SLAUGHTER, *Appraising the Methods of International Law*, *cit*. p. 294.

[111] Y.ONUMA, *When was the law of International Society Born?*, *cit*., p. 4, nota 4. È lo stesso giudice Bedjaoui ad osservare che, pur non trattandosi di un problema insormontabile, la restrizione delle lingue ufficiali della Corte ai soli Inglese e Francese, può sollevare delle difficoltà. Tale osservazione si lega a una considerazione di partenza: «*Qui défile devant la Cour dans chaque affaire si ce n'est, pour un monde de cinq milliards d'habitants, une réelle petite poignée d'avocats ? Un Etat en litige nomme normalement un agent de sa propre nationalité, soit ! Mais pour le reste, ce sont le plus souvent des étrangers, à moins que cet Etat ne s'appelle France, Etats-Unis, Royaume-Uni, Belgique ou Espagne*». È d'altro canto comprensibile, prosegue Bedjaoui, che data l'entità della posta in gioco, i governi scommettano sui valori più sicuri «*et les plus chères*» nominando gli specialisti più autorevoli del diritto internazionale: M. BEDJAOUI, *La "fabrication" des arrêts de la Cour Internationale de Justice*, in: *Le Droit International au service de la paix, de la justice et du développement, Mélanges Michel Virally*, Pedone, Paris, 1991, pp. 94-95.

Sul fatto poi che le lingue ufficiali della Corte possano esprimere l'universo giuridico che è loro proprio, un esempio chiarificatore ci è dato da un parere consultivo della Corte internazionale di giustizia. Quando la Corte ebbe a precisare il significato dell'istituto del mandato in diritto internazionale si espresse affermando che «*Le Mandat n'avait de commun que le nom avec les notions, d'ailleurs diverses, de mandat en droit interne. Le but du Mandat régi par des règles internationales dépassait de beaucoup celui de rapports contractuels régis par un droit national*» (*Statut international du Sud-Ouest africain*, *Avis consultatif : C.I.J. Recueil* 1950, p. 132), ovvero il termine "mandato" definisce un istituto diverso in diritto interno e in diritto internazionale. Ciò tuttavia è vero sin tanto che si considerino quegli ordinamenti interni che conoscono l'istituto del mandato e che lo definiscono con un termine di

Ne consegue che il quadro teorico entro il quale dobbiamo lavorare, è costruito su una concezione del diritto e una metodologia giuridica attinte dalla tradizione occidentale, rispetto alla quale dovremo però considerare quello che, almeno per quanto verificato in questa primissima fase, potremmo reputare come un elemento di estraneità, vale a dire il diritto islamico. Potremmo del resto, sostituendo i termini, concepire uno studio sul contributo del diritto di matrice europea alla costruzione dei principi generali di diritto? Parrebbe una tautologia.

L'attenzione agli aspetti culturali del diritto internazionale non porterà tuttavia a trascurare una necessaria analisi di tipo più tradizionale che muova dalle fonti, dalla dottrina e dalla giurisprudenza[112].

Nel momento conclusivo di questa breve introduzione sul metodo vogliamo però ancora richiamarne il momento iniziale: l'opposizione tra volontarismo e oggettivismo. È l'opposizione tra queste due correnti dottrinali, nelle parole di Prosper Weil, ad aver dominato la discussione del Comitato di giuristi incaricato di redigere lo Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale[113] ed è ad un compromesso tra queste due posizioni che si deve la formulazione dell'articolo 38.1 3)[114] dello Statuto, secondo cui la Corte potrà ricorrere ai "principi generali di diritto riconosciuti dalla nazioni civili"[115].

Sin dal momento della formalizzazione dei principi generali di diritto in diritto internazionale si sovrappongono dunque due correnti di pensiero, inerenti, come abbiamo visto, alla tradizione giuridica occidentale. L'estensione della nozione di

---

etimologia latina, cosa che accade sia per gli ordinamenti che si esprimono nelle lingue ufficiali della Corte, sia per quelli che, a voler considerare le lingue di maggior diffusione in Europa, si esprimono in Tedesco, Italiano e Spagnolo o nelle diverse lingue slave. L'istituto del Mandato in diritto internazionale risale al periodo della Società delle Nazioni che annoverava tra i suoi membri Paesi con lingue diverse da quelle appena menzionate. E ciò è a maggior ragione vero per quanto riguarda i Paesi membri dell'Organizzazione delle Nazioni Unite. Per gli ordinamenti che indicano il mandato con un termine di diversa etimologia, la precisazione della Corte sarebbe stata superflua. Per restare in Occidente, basti solo considerare il termine greco εντολή (entolì). L'esempio offerto dal parere della Corte, nella cui composizione figuravano anche l'egiziano Badawi Pasha e il cinese Hsu Mo, illustra quindi una considerazione parziale di quello che è l'universo linguistico di cui si compone la comunità internazionale, tradendo una matrice culturale che in tal caso ci suggerisce cosa si intenda per diritto interno.

[112] N. PARVIS, *Critical legal Studies in Public International Law, cit*., p. 90.

[113] C.P.J.I., *Comité consultatif de Juristes, Procès-verbaux des Séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920 avec Annexes, La Haye*, 1920.

[114] *Infra,* § 3.3-3.6

[115] P. WEIL, *Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public*, *cit.*, p. 71.

"nazioni civili"[116] è la misura che, in potenza, dovrebbe aprire ad altre tradizioni giuridiche, quindi anche a quella del diritto islamico. Quanto quest'apertura vi sia stata, è la verifica che ci apprestiamo a svolgere, non prima però, per le ragioni che andremo ad illustrare, di aver delineato alcuni dei tratti fondamentali del sistema politico-istituzionale e del sistema giuridico della civiltà dell'Islām.

[116] «*Il importe, en premier lieu, d'observer que la formule de l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut, énonçant "les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées", est inapplicable telle qu'elle est transcrite, les termes "nations civilisées" étant incompatibles avec les dispositions pertinentes de la Charte des Nations Unies, et ayant pour conséquence de limiter inconsidérément la notion des principes généraux du droit*»: F. AMMOUN, *North Sea Continental Shelf, Judjement, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, *Op.individuelle*, § 33, p. 132.
.

Sezione Seconda

PROFILI DI DIRITTO ISLAMICO

SOMMARIO: 1.13. Nota introduttiva. – 1.14. Nozioni preliminari. Da Mecca a Medina: la costruzione di un nuovo ordine politico. – 1.15. La concezione della sovranità e la teoria dell'imamato. – 1.16. La permanenza della *sharī'a* dopo l'abolizione del califfato. 1.17. – Il diritto islamico nell'opinione individuale del giudice Weeramantry nel caso Gabčíkovo-Nagymaros. – 1.18. La teoria delle fonti e le scuole giuridiche. – 1.19. Il diritto islamico nei sistemi ordinatori degli Stati di tradizione islamica. Prime osservazioni sui principi generali.

1.13. *Nota introduttiva*

In un corso tenuto all'Accademia di diritto internazionale dell'Aia nel 1992 Prosper Weil argomentava: «*le concept même de principes généraux de droit repose sur le postulat harmoniste de l'existence d'une espèce de patrimoine juridique commun à l'ensemble des droits nationaux. On retrouve ici les douces illusions de l'œcuménisme juridiques et les dures réalités du multiculturalisme juridique: à moins de s'en tenir à un niveau très élevé d'abstraction et de généralisation – mais alors, je le répète, l'opération ne sert plus à rien – il y a plus de différences que de ressemblances entre les grands systèmes juridiques du monde*»[117]. Consideriamo questa riflessione di Weil una traccia iniziale del percorso che faremo, isolando preliminarmente due nozioni: "principi generali di diritto" e "multiculturalismo giuridico". La prima è uno dei termini chiave della presente ricerca, mentre la seconda rinvia indirettamente all'altro termine chiave, ossia al diritto islamico. Vedremo estesamente come e quando il tema del multiculturalismo giuridico si pone in diritto internazionale e la rilevanza che esso assume in rapporto ai principi generali di diritto. Nonostante i sistemi giuridici in cui l'umanità ha articolato il fenomeno giuridico nel tempo e nello spazio, non siano l'oggetto di studio del diritto internazionale, il modo in cui il fenomeno giuridico si

[117] P. WEIL, *Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public*, *cit*., p. 146-147.

articola sul piano del diritto interno non è sconosciuto allo studioso di diritto internazionale che per lungo tempo ha visto come sistemi di riferimento di diritto interno i soli sistemi di *civil law* e *common law*, vale a dire i sistemi che improntano la tradizione giuridica occidentale. In presenza di due sistemi giuridici è già possibile parlare di multiculturalismo giuridico, ma le "dure realtà del multiculturalismo giuridico" cui si riferisce Weil, rinviano ad altro. Rinviano cioè a quei sistemi giuridici che caratterizzano tradizioni culturali diverse da quella occidentale tra cui, per l'appunto, quella del diritto islamico. Nelle parole dell'introduzione al corso che Luis Maillot tenne all'Accademia di diritto internazionale dell'Aia, dedicato alla concezione dello Stato e all'ordine giuridico nell'Islam, leggiamo espressioni come "*On apprend avec étonnement*" in riferimento a talune caratterizzazioni del sistema giuridico di diritto musulmano e ancora "*Mêmes hèsitations, mêmes réserves*" quando si passa a considerare quello che viene definito il "problema" dello Stato musulmano[118]. Stupore ed esitazione che derivano dal fatto di trovarsi innanzi a una fenomenologia giuridica con la quale si ritiene che il lettore cui si rivolge Maillot abbia poca confidenza. Una situazione quindi nuova, nuova non tanto perché non iscritta nella storia, una storia che ne ha plasmato la nascita e l'evoluzione, ma perché si tratta di una storia *in primis* di una civiltà e per quanto più ci interessa, di elaborazione del diritto, che si colloca al di fuori della storia europea. Se dall'articolo di Maillot sono trascorsi più di sessant'anni, la familiarità con principi e concetti legati al diritto islamico non può darsi per scontata in un ambiente giuridico europeo e per estensione occidentale, nonostante il rinnovato interesse che per fattori molto diversi tra loro, si è raccolto negli ultimi anni intorno alla civiltà dell'Islām.

Simili valutazioni valgono a ritenere opportuno, prima di addentraci nella ricerca sul contributo del diritto di matrice islamica ai principi generali di diritto, il procedere ad un'illustrazione generale della concezione del potere politico nell'Islām e dei principali tratti distintivi del sistema di diritto islamico. Non vi è in ciò una pretesa di esaustività, ma l'esigenza di fissare alcuni principi e concetti che saranno in seguito ripresi più volte. Val la pena sottolineare che si tratta di una ricognizione della tradizione che possiamo definire "classica" del sistema di diritto musulmano, che se ancora esercita un'influenza, sia sotto il profilo più strettamente giuridico, che sotto il profilo politico

[118] L. MILLIOT, *La conception de l'État et de l'ordre légal dans l'Islam*, RCADI, Vol. 75, 1949-II, pp. 597-598.

istituzionale, sugli ordinamenti degli Stati che attualmente a tale tradizione si richiamano, non ne esaurisce il sistema ordinatorio. Data questa premessa, muovendo dal momento fondativo della civiltà islamica, cercheremo dunque di inquadrare un percorso che ci porta fino ai nostri giorni, mantenendo, ove si ritenga utile, un dialogo tra la tradizione classica e i sistemi ordinatori contemporanei, al fine di metterne in rilievo taluni elementi di continuità.

1.14. *Nozioni preliminari*. *Da Mecca a Medina: la costruzione di un nuovo ordine politico*

A fondamento della civiltà islamica c'è la Rivelazione che Dio (Allah), secondo il credo islamico, ha dato agli uomini per il tramite del Profeta Muḥammad, il Messaggero di Dio[119]. Nato intorno al 570, a Mecca, Muḥammad inizia a ricevere la Rivelazione nel 610 e fino al momento della sua morte avvenuta nel 632.

Il nuovo messaggio, che parla di un Dio unico innanzi al quale tutti gli uomini sono uguali[120], non è inizialmente ben accolto dall'aristocrazia meccana. Tale ostilità indurrà il Profeta nel 622 a migrare verso l'oasi di Yathrib, l'attuale Medina, accompagnato da coloro che per primi avevano abbracciato l'Islām. Il 622, anno dell'Ègira (dall'Arabo *hijra*), segna l'inizio dell'era musulmana. Il calendario islamico, che è un calendario lunare, inizia dunque nel 622 dell'era cristiana[121]. Oggi, nella redazione di documenti ufficiali di Stati di tradizione islamica, come ad esempio le pubblicazioni nelle gazzette ufficiali, o di organizzazioni internazionali con chiaro orientamento confessionale quale l'Organizzazione di cooperazione islamica, la data è riportata con riferimento sia al calendario gregoriano che al calendario islamico.

L'esperienza medinese, che si apre con l'Ègira è di fondamentale importanza in quanto segna il passaggio nel ruolo del Profeta, da mero capo spirituale a leader politico: Muḥammad stabilirà la legge sulla base della Rivelazione che Dio continuava ad affidargli, amministrerà la giustizia, deciderà della guerra e guiderà una comunità politica che si andava configurando come una comunità di soli credenti, la *Umma*[122].

---

[119] Corano, XXIV, 54. A. BAUSANI, (Introduzione, traduzione e commento), *Il Corano*, Rizzoli, Milano, 2001; ogni successivo riferimento o citazione del Corano è tratto da questa fonte.
[120] Corano, XLIX, 10.
[121] F.M. PAREJA, A. BAUSANI, L. HERTLING, *Islamologia*, Orbis Catholicos, Roma, 1951, pp. 9-12; Corano IX, 36-37.
[122] Corano III, 104: "E si formi tra voi una nazione d'uomini che invitano al bene, che promuovono la giustizia e impediscono l'ingiustizia. Questi saranno i fortunati". Nel commento a questo versetto Bausani

Numerosi sono i versi del Corano di epoca medinese che suggellano tale ruolo politico esortando ad obbedire a Dio e al Suo Messaggero[123]. Il versetto coranico che recita: "O voi che credete! Obbedite a Dio, al Suo Messaggero e a quelli di voi che detengono l'autorità"[124], ampliando il dovere di obbedienza nei confronti del detentore del potere politico, mantiene tuttavia un ordine gerarchico che da un lato è un ordine di carattere normativo che vedremo riflesso nella teoria delle fonti del diritto islamico, dall'altro stabilisce un limite di ordine costituzionale giacché l'autorità di governo alla quale formalmente non è conferito il potere di legiferare, non potrà nella sua azione porsi in contrasto con la Legge posta da Dio e con la tradizione riferita al Profeta. Diverso invece, nel contesto medinese, è il significato del testo noto come "Costituzione di Medina" che, al di là del nome, raccoglie una serie di strumenti di ordine pattizio volti a regolare i rapporti tra i diversi gruppi in cui si articolava la prima comunità medinese ovverosia il gruppo che aveva seguito il Profeta da la Mecca (*Muhājirūn*), i convertiti di Yathrib (*Anṣār*) e le tribù ebraiche di Yathrib, le quali vengono dunque incluse nella primissima fase di formazione della comunità politica islamica[125]. Il mancato rispetto di tali accordi determinerà tuttavia un progressivo allontanamento delle tribù ebraiche da Medina[126], cui contribuiranno delle Rivelazioni che attribuivano agli Ebrei un comportamento irriverente nei confronti dei Musulmani[127]. Sarà solo intorno al 627 che la comunità medinese acquisirà dunque il suo carattere definitivo, vale a dire quello di un corpo sociale formato di soli credenti uniti dal credo in un testo rivelato, il Corano, in base al quale sarebbero stati giudicati. Veniva così sancita la demarcazione tra aderenti all'Islām e infedeli, distinti ai fini giuridici tra *Ahl al-Kitāb*, ossia la gente del Libro, e idolatri. *Ahl al-Kitāb* sono considerati gli aderenti alle religioni monoteiste che si fondano su di un testo rivelato: ebrei, cristiani, sabei e zoroastriani[128].

---

spiega che il termine nazione, *umma*, «va inteso nel senso che il legame essenziale tra i membri di questa "nazione" è essenzialmente religioso. La "nazione" in senso coranico è una comunità oggetto di un piano divino, fondata e guidata da un Messaggero di Dio, non un organismo nato per contratto sociale o naturali vincoli di sangue».

[123] Tra gli altri: Corano III, 32, 132; IV, 80; VIII, 20; XXIV, 51-52; XLIV, 12.

[124] Corano IV, 59.

[125] R.B. SERJEANT, *The "Constitution of Medina",* in: *Islamic Quarterly*, Jan 1, 1964, Vol. 8 (1) p. 7; R.B. SERJEANT, *The Sunnah Jāmi'ah, Pacts with the Yathrib Jews, and the Tahrīm of Yathrib: Analysis and Translation of the Documents comprised in the so-called "Constitution of Medina"*, in: *Bulletin of the School of Oriental and African Studies*, University of London, Vol. 41, n. 1, 1978, pp. 1-42, in particolare pp. 15-16, p. 23.

[126] Corano, VIII, 56 e commento; LIX (Sura del bando), 2-6; III, 72.

[127] Corano, IV, 46-47.

[128] Corano, XXII, 17: "E per certo nel dì della Resurrezione Iddio distinguerà tra i pagani e coloro che hanno creduto, e i giudei, e i sabei, e i cristiani, e i magi: Dio è d'ogni cosa testimone". Sulla gente del

La straordinaria espansione che l'Islām conobbe sin dai primi secoli, determinerà la necessità di regolare all'interno di un ordine politico islamico, lo statuto delle comunità non musulmane. A partire dunque dal fondamento coranico del riconoscimento della gente del Libro, il rapporto tra Autorità islamica e tali comunità fu definito sulla base di un accordo chiamato *dhimma*[129], da cui la denominazione di *ahl al-dhimma* – gente della *dhimma* – o più semplicemente *dhimmi* per i soggetti protetti[130]. L'accordo di *dhimma*, pur avendo conosciuto delle differenze nel tempo e nello spazio, comportava infatti per il Governo un dovere di protezione verso le comunità non musulmane ad esso soggette e per i *dhimmi* l'adempimento di taluni obblighi, primo tra tutti il pagamento di un'imposta di capitazione, la *jizya*[131], e più in generale un dovere di lealtà nei confronti del Governo islamico. Un dovere di lealtà da intendersi in senso politico e non religioso, da cui discendeva che i *dhimmi* erano esentati dal prender parte ad attività di tipo bellico che avrebbero comportato la difesa dell'ideologia confessionale propria dei potentati islamici e l'obbedienza alle norme giuidico-religiose sulla guerra poste nel quadro del diritto islamico. Il dovere di lealtà implicava inoltre il rispetto dell'Islām, dei suoi riti e luoghi di culto e imponeva che l'Islām non potesse essere insultato pubblicamente cercando di diffondere altre fedi o con comportamenti contrari al credo e alle pratiche islamiche[132]. Per contro i *dhimmi* erano chiamati a regolare i loro rapporti giuridici di carattere personale e i loro rituali religiosi secondo la loro Legge[133].

---

libro si vedano anche Corano, II, 62; III, 64 ss.; V, 69. La non chiara identificazione dei sabei ha permesso di dare un'interpretazione volta ad estendere l'appartenenza alla Gente del libro anche agli induisti. Alle popolazioni africane, in quanto politeiste, non veniva accordato nessun riconoscimento nel quadro della costruzione giuridica islamica da cui derivava che in caso di cattura o conquista le sole opzioni praticabili erano la conversione o la schiavitù, cfr. B. LEWIS, *L'islam et les non-musulmans*, in: *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 35e année, n. 3-4, 1980, pp. 784-800, pp. 788-789.

[129] Corano, IV, 90; IX, 4

[130] B. LEWIS, *L'islam et les non-musulmans*, *cit*., p. 789.

[131] Corano, IX, 29: "Combattete coloro che non credono in Dio e nel Giorno Estremo, e che non ritengono illecito quel che Dio e il Suo Messaggero han dichiarato illecito, e coloro, fra quelli cui fu data la Scrittura, che non s'attengono alla Religione della Verità. Combatteteli finché non paghino il tributo uno per uno, umiliati". Si veda anche il commento; Z. AHMED, Z. AHMAD, *The concept of jizya in early Islam*, in: *Islamic Studies*, Vol. 14, n. 4 (winter 1975), pp. 293-305; C. CARDAHI, *Le mandat de la France sur la Syrie et le Liban (son application en droit international public e privé)*, in: RCADI, Vol. 43, 1933, pp. 712-713.

[132] Y. AL-QARADAWI, *Non Muslims in the Islamic society*, American Trust Publications, Indianapolis, 1985, p. 25.

[133] Corano, V, 42-43, 47. F.M. PAREJA, A. BAUSANI, L. HERTLING, *Islamologia*, *cit*., pp. 425-427; A. FATTAL, *Le statut légal des non-musulmans en pays d'Islam*, Imprimerie catholique, Beyrouth, 1958; A.A. MAUDŪDĪ, (K. AHMAD trans. and edt. by), *Rights of non-Muslims in Islamic state*, Islamic Publications, Lahore, 1961; M. LEVY-RUBIN, *Non-Muslims in the Early Islamic Empire. From Surrender to Coexistence*, Cambridge University Press, 2011; M.A. BADERIN, *Islamic Law and International Protection of Minority Rights*, in: M-L. FRICK, A. T. MÜLLER (Edt. By), *Islam and International Law. Engaging Self Centrism from Plurality of Perspectives*, Martinus Nijhoff Publ., Leiden, 2013.

Alcuni elementi strutturali dell'istituto della *dhimma* sono rinvenibili negli attuali ordinamenti di Stati di tradizione islamica. Senza poter qui entrare del più vasto dibattito sulla questione della declinazione della libertà di religione nel mondo islamico in rapporto agli standard fissati in diritto internazionale[134] riportiamo due esempi chiarificatori, uno relativo alla legge algerina sui culti diversi da quello islamico[135] e l'altro riguardante il Codice di famiglia del Regno del Marocco[136]. Nel primo caso, posto un richiamo al Patto internazionale sui diritti civili e politici di cui l'Algeria è parte, l'articolo 11 prevede delle pene detentive e il pagamento di un'ammenda per chiunque (1) «*incite, contraint ou utilise des moyens de séduction tendant à convertir un musulman à une autre religion, ou en utilisant à cette fin des établissements d'enseignement, d'éducation, de santé, à caractère social ou culturel, ou institutions de formation, ou tout autre établissement, ou tout moyen financier*, (2) *fabrique, entrepose, ou distribue des documents imprimés ou métrages audiovisuels ou par tout autre support ou moyen qui visent à ébranler la foi d'un musulman*». In queste disposizioni troviamo l'interdizione di comportamenti che possiamo associare alle prescrizioni derivanti dall'obbligo di lealtà che s'imponeva ai *dhimm*i. Nel caso invece del Codice di famiglia del Regno del Marocco, il secondo comma dell'articolo 2 stabilisce che «*Les Marocains de confession juive sont soumis aux règles du statut personnel hébraïque marocain*»[137], sancendo quindi che i rapporti giuridici di carattere personale dei membri di una comunità di non musulmani soggetta alla giurisdizione del Regno del Marocco, siano regolati secondo la legge che è loro propria. Ai sensi dell'articolo 2.1 4) le disposizioni del Codice si applicano comunque «*à toute relation entre deux*

---

[134] A.E. MAYER, *Islam and Human Rights. Tradition and Politics*, Westview Press, 3rd ed., 1999, pp. 131-174; S. A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, *Les Musulmans face aux droits de l'homme, religion & droit &politique*, Verlag Dieter Winkler, Bochum, 1994, pp. 87-153; A. AN-NA'IM, M. A. BADERIN (edt. by), *Islam and Human Rights*, Ashgate, Farnham, Burlington, 2010; K. HASHEMI, *Religious Legal Traditions, International Human Rights Law and Muslim States*, Martinus Nijhoff Publ., Leiden, Boston, 2008, pp. 27-214.

[135] *Ordonnance n° 06-03 du 29 Moharram 1427 correspondant au 28 février 2006 fixant les conditions et règles d'exercice des cultes autres que musulman, JORA N . 12, Aouel Safar 1427, 1er mars 2006, p. 23. Loi n° 06-09 du 18 Rabie El Aouel 1427 correspondant au 17 avril 2006 portant approbation de l'ordonnance n° 06-03 du 29 Moharram 1427 correspondant au 28 février 2006 fixant les conditions et règles d'exercice des cultes autres que musulman, JORA N. 27, 27 Rabie El Aouel 1427, 26 avril 2006, p. 3*.

[136] *Dahir n° 1-04-22 du 12 hija 1424 (3 février 2004) portant promulgation de la loi n° 70-03 portant Code de la Famille, BU n. 5358, du 2 ramadan 1426 (6 octobre 2005), p. 667* ; K . BADRANE, *Il codice di famiglia in Marocco. Mudawwana al-'usra*, Libreria universitaria.it Ed., Padova, 2012.

[137] H. SEFRIOUI, *Le Statut Personnel Marocain Israélite*, Collection des études juridiques XXIV, Imprimerie Najah Jadida, Casablanca, 2000.

personnes de nationalité marocaine lorsque l'une d'elles est musulmane». In tal caso possiamo osservare che al criterio della cittadinanza si affianca un criterio di ordine confessionale, quello dell'appartenenza alla fede islamica, essendo il Codice di famiglia improntato sul canone del diritto islamico.

L'ordine posto a Medina durante la permanenza in vita del Profeta oltre a confluire, come vedremo, nell'elaborazione dottrinale in cui si articolerà il corpo del diritto islamico, disegna un confine, che non è un confine di ordine fisico, bensì un confine legato all'appartenenza ad una fede. Definisce un dentro e un fuori che non ha solo una caratterizzazione di tipo spirituale, in quanto stabilisce l'ambito di giurisdizione di un ordine politico – in linea teorica in potenza universale – e di applicazione di un ordine giuridico. Le stesse norme poste a protezione dei non musulmani all'interno dell'ambito di giurisdizione islamico, che seguono un confine di ordine confessionale che potremmo definire "interno" nell'attribuire la libertà nella regolazione dei rapporti personali, derivano da un patto il cui fondamento riposa su dei principi di diritto musulmano e quindi fondato sulla medesima concezione della giurisdizione.

1.15. *La concezione della sovranità e la teoria dell'imamato*

L'unione tra carisma profetico e autorità politica, si esaurisce con la morte del "Messaggero di Dio e Suggello dei Profeti"[138]. Se secondo questo passo del Corano con Muḥammad si chiude dunque il ciclo della Rivelazione, con la sua morte si apre la questione della successione nella sua autorità politica. Nel Corano non vi sono prescrizioni in merito a quale dovesse essere il modo migliore di guidare e organizzare la *Umma* dopo la morte del Profeta, il quale a sua volta non aveva lasciato indicazioni quanto alla sua successione. Era tuttavia opinione condivisa che a capo della *Umma* dovesse essere posta una guida o *Imām*[139], la cui istituzione così come l'obbedienza ai suoi ordini saranno inquadrati dalla dottrina nell'essere ad un tempo «dovere religioso e necessità di esistenza per la comunità musulmana, come per ogni altro consorzio civile,

[138] Corano, XXXIII, 40.

[139] AL-MĀWARDĪ, *The Ordinances of Government. Al-Aḥkām al-Sulṭāniyya w'al-Wilāyāt al-Dīniyya*. Traslated by A. YATE, Ta-Ha Publishers, London, 1996, p. 10. Al-Māwardī (m. 1058 d.C.), è considerato una delle voci più autorevoli nella costruzione della teoria politica del califfato. Di scuola shafiita, operò presso la corte Abbaside. Si veda: A. AFSARUDDIN, *The siyar laws of aggression: juridical re-interpretations of qur'ānic jihād and their contemporary implications*, in: M-L. FRICK, A. T. MÜLLER (Edt. by), *Islam and International Law*, *cit*., p. 51 e A. MAWERDI, *Les statuts gouvernementaux ou règles de droit public et administratif*, traduits et annotés par E. FAGNAN, Typographie Adolphe Jourdan, Alger, 1915, pp. V-IX.

perché senza un potere fortemente costituito non vi sarebbe società umana, non religione, ma una turba senza guida né freno, ove andrebbe perduto, assieme a tutto ciò che fa il pregio della vita civile, anche l'interesse supremo della fede, che ha per condizione necessaria l'interesse di tutti e di ciascuno»[140]. La teoria dell'imamato conoscerà un'evoluzione e un'elaborazione dottrinale diverse in ambito sunnita e in ambito sciita, sovrapponendosi per i sunniti alla teoria del califfato.

La fase della storia islamica che si apre con la morte del Profeta, sarà nota come il periodo dei quattro califfi *al-rāshidūn*, ossia i ben guidati, considerati dall'ortodossia sunnita esempio di virtù e buongoverno. Il termine califfo, dall'arabo *khalīfa*, racchiude il significato di "delegato", "reggente", "successore". Il successore del Profeta nella guida della comunità, ebbe dunque il titolo di *Khalīfatu Rasūl Allah*, ossia il delegato o vicario dell'inviato di Dio[141]. Le modalità con cui i califfi ben guidati furono designati, concorreranno a definire la teoria di governo nell'Islām sunnita.

Il primo califfo, Abū Bakr (632-634), cui era riconosciuta l'anzianità nella fede e la vicinanza al Profeta, fu investito della carica califfale attraverso l'omaggio della *bay'ā*. Il termine *bay'ā* letteralmente "comprare e vendere", indicava una forma di accordo che si perfezionava attraverso l'elemento esteriore della stretta di mano, per cui la *bay'ā* venne a comprendere tanto il contratto, che la forma che ne indicava la conclusione. Nella dimensione politica, la *bay'ā* assumerà il significato di atto di convalida dell'investitura politica, attraverso il quale il prescelto accetta di assumere su di sé il ruolo di guida, e la comunità di rendergli obbedienza[142].

L'azione di governo del primo califfo fu volta prevalentemente al consolidamento della *Umma*. Consapevole del problema istituzionale che si sarebbe aperto alla sua morte indicò quale suo successore ʿUmar ibn al-Khaṭṭāb (634-644), che si fece chiamare *amīr al-mu'minīn*[143], comandante o principe dei credenti. Sotto la sua guida l'Islām conobbe una grande espansione e furono gettate le basi dell'organizzazione amministrativa del califfato. ʿUmar, che morì pugnalato per mano di uno schiavo, non volle seguire la linea tracciata da Abū Bakr designando un suo successore, nonostante le

[140] D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, Vol. I, Istituto per l'oriente, Roma, 1925, p. 17.
[141] B. LEWIS, *Il linguaggio politico dell'Islam*, Laterza, 2005, p. 52, edizione originale: *The Political Language of Islam*, University of Chicago, 1988.
[142] *Ivi*, pp. 67-68; D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita*, *cit*., p. 21.
[143] B. LEWIS, *Il linguaggio politico dell'Islam*, *cit*., p. 59; G. VERCELLIN, *Istituzioni del mondo musulmano*, Einaudi, Torino, 2002, p. 341.

sue preferenze fossero rivolte ad ʿUthmān ibn ʿAffān, genero del Profeta, e ad ʿAlī ibn Abī Tālib, cugino e genero del Profeta. Alla sua morte la nomina del nuovo Califfo fu affidata ad un Consiglio la cui scelta cadde su ʿUthmān (644-656), al quale si deve la stesura definitiva in forma scritta della parola del Corano. Accusato di condurre una politica nepotista favorevole alla tribù dei Quraīsh[144], ʿUthmān fu assassinato, diversamente dal suo predecessore, per motivi politici. Gli successe ʿAlī (656-661), sul cui califfato caddero le conseguenze della grave crisi istituzionale che si era aperta con l'assassinio di ʿUthmān. Ritenuto responsabile per non aver perseguito i responsabili dell'assassinio del terzo Califfo, l'autorità di ʿAlī venne messa in discussione da Muʿāwiya ibn abī Sufyān già governatore di Siria e legato ad ʿUthmān da vincoli di parentela. Con l'intento di vendicare la morte del terzo Califfo, Muʿāwiya si pose in aperto contrasto ʿAlī e le due opposte fazioni vennero alle armi. Nonostante il conflitto paresse volgere a favore delle fila alidi, ʿAlī accettò di siglare con Muʿāwiya un accordo di arbitrato secondo cui la questione della successione sarebbe stata affidata alla decisione di due arbitri, designati uno da ciascuna delle parti. Il giudizio arbitrale, riconoscendo l'empietà dell'assassinio di ʿUthmān, avvalorò la posizione di Muʿāwiya. Nonostante ʿAlī si fosse rifiutato di accettare il verdetto, la sua scelta di ricorrere ad un arbitrato non era stata condivisa da tutti i suoi sostenitori. Coloro che l'avevano avversata ritenevano che solo con l'esisto della battaglia si sarebbe potuta manifestare la volontà di Dio e quindi la fondatezza secondo un canone religioso della causa che si stava perseguendo. Tale divergenza d'opinione è alla base della dottrina dei kharijiti, termine che significa "coloro che escono", "coloro che si separano". Pur non essendo tracciabile un orientamento dottrinale unitario nei gruppi che si richiameranno al kharijismo, un tratto comune consiste nel ritenere giusta la guerra contro i falsi credenti – quindi non solo contro gli infedeli – e la giustificazione dell'omicidio compiuto per motivi religiosi. ʿAlī combatterà con determinazione i kharijiti e per mano di un kharijita troverà la morte nel 661. I suoi sostenitori non vollero riconoscere il califfato di Muʿāwiya: si consumava così la divisione tra *shīʿatu* ʿAlī, i seguaci di ʿAlī, da cui discenderà l'Islām sciita e Muʿāwiya, primo califfo della dinastia degli Omayyadi[145] da

[144] Il Profeta apparteneva alla stirpe degli Hashemiti - ossia i discendenti di Hāshim - la quale era parte della tribù meccana dei Quraīsh.
[145] Il nome deriva dal capostipite della stirpe cui apparteneva Muʿāwiya, anch'essa parte della tribù meccana dei Quraīsh.

cui prenderà avvio la tradizione sunnita. Con la morte di ʿAlī si concludeva il tempo sacro dell'Islām riconosciuto, pur con alcuni distinguo, da tutti i musulmani.

Gli eventi che abbiamo richiamato, oltre che essere alla base della demarcazione prima tra sciismo e sunnismo, sono utili per comprendere la successiva evoluzione dell'organizzazione del potere politico nell'Islām. L'istituzione del califfato di matrice sunnita s'imporrà sin da subito sul piano politico e rimarrà elemento centrale nello studio dell'organizzazione politica nel mondo islamico, in ragione anche della prevalenza numerica dei sunniti sugli sciiti[146]. Le dottrine sull'imamato, nei due ordini, saranno elaborate in epoca successiva alla luce della prassi e si consolideranno in un canone giuridico-religioso che, nei suoi tratti principali, rimarrà modello di riferimento ideale al di là delle alterne vicende della storia. Sul ruolo e la funzione dell'Imām si concentra uno degli elementi di distinzione di maggior rilievo tra Islām sunnita e Islām sciita. Seguiamo dunque brevemente l'evoluzione dell'imamato nello sciismo, per concentrarci poi sulla teoria del califfato.

In ambito sciita, che nella prima fase è più corretto chiamare alide, si affermerà una concezione della legittimità dell'Imām fondata sull'appartenenza all'*ahl al-baīt* ovvero alla gente della casa del Profeta a partire da ʿAlī e dai suoi figli Hasan e Hoseyn avuti con Fatima, figlia del Profeta.

Limitandoci all'essenziale, lo sciismo, a differenza del sunnismo, non ebbe un'immediata affermazione sul piano secolare e la teoria dell'imamato sarà costruita sulla funzione dell'Imām – ritenuto senza peccato e infallibile – quale guida spirituale della comunità e interprete dei testi sacri. In base alla dottrina dell'occultamento, elaborata nel X secolo, l'ultimo imam di una serie che seguendo la linea di discendenza di ʿAlī si compone di sette imam per gli sciiti ismailiti o settimani e di dodici per gli sciiti imamiti o duodecimani, non è morto, ma si è occultato e ritornerà per gli imamiti alla fine dei tempi. Lo sciismo ismailita ebbe un'affermazione di ordine temporale con la dinastia fatimide che si impose in Egitto all'inizio del X secolo e che durò fino alla seconda metà del XIII secolo. Lo sciismo duodecimano fu dichiarato nel 1510 religione di Stato dalla dinastia Safavide che governò fino al XVIII secolo su di un territorio che

[146] Nel 2009, la percentuale di sunniti sul totale dei musulmani era pari all'87-90%, mentre gli sciiti si attestavano su una percentuale pari al 10-13% con un'incidenza più marcata a livello statuale in Iran, Pakistan, India e Iraq, cfr.: *Mapping the global Muslim population. A Report on the Size and Distribution of the World's Muslim Population*, Pew Research Center, October 2009, p. 1.

comprendeva l'attuale Iran[147]. È oggi religione ufficiale in Iran ai sensi dell'articolo 12 della vigente Costituzione, nella quale è formalmente sancita la dottrina dell'imamato: in base all'articolo 2.5 la Repubblica islamica è un sistema fondato nel credo nella continuità dell'imamato e nella sua perenne funzione di guida, e nel suo ruolo fondamentale nel garantire la continuazione permanente della rivoluzione islamica, mentre l'articolo 5 stabilisce quali siano i requisisti richiesti per ricoprire la funzione di imam nella permanenza dell'occultamento dell'imam nascosto[148].

In campo sunnita è il califfato a rappresentare l'istituzione politica per eccellenza e il modello ideale di unità politica di tutti i musulmani. Sul piano storico, per citare le esperienze di governo più significative, alla dinastia Omayyade che elesse la propria sede a Damasco, fece seguito dal 750 la dinastia degli Abbasidi con sede a Baghdad che governò formalmente fino al 1258 quando fu sopraffatta dall'avanzata dei mongoli Hūlāgū. Nel contempo, a Cordoba, l'emiro 'Abd al-Raḥman III, discendente di 'Abd al-Raḥman I, un membro della casa omayyade rifugiatosi nell'Andalus dopo la presa del potere da parte degli Abbasidi, nel 929 si era autoproclamato Califfo, avviando una dinastia califfale destinata a durare fino al 1031[149].

Già nei primi secoli dunque, si assiste alla frammentazione dell'unità politica della Umma, a partire dalla presenza simultanea di più autorità di governo investite della somma carica califfale. Il carattere unitario del califfato, disatteso quindi nella realtà dei fatti, viene ribadito dalla dottrina che contempla l'ipotesi della compresenza di due imam e indica le soluzioni per superare ciò che appare come il fulcro di un disordine politico[150].

---

[147] F.M. PAREJA, A. BAUSANI, L. HERTLING, *Islamologia*, *cit*., pp. 73-83; M. CAMPANINI, *Islam e politica*, il Mulino, Bologna, 2003, pp. 56-58; H. DJAIT, *La Grande Discorde. Religion et politique dans l'Islam des origines*, Gallimard, Paris, 1989, pp. 138-155; H. LAOUST, *Gli scismi nell'Islam*, ECIG, Genova, 2002, pp. 31-33, p. 51, titolo originale *Les schismes dans l'Islam*, Payot, Paris, 1965; A. VANZAN, *Gli sciiti*, il Mulino, Bologna, 2008, pp. 13-15, pp. 71-75; H. CORBIN, *Storia della filosofia islamica*, Adelphi, Milano, 2007, pp. 80-86, titolo originale: *Histoire de la philosophie islamique*, Gallimard, Paris, 1986.

[148] La Costituzione iraniana è consultabile in Farsi nel sito del Centro di ricerca del Parlamento islamico: http://rc.majlis.ir/fa/content/iran_constitution. Ultima consultazione novembre 2015
Una traduzione in Inglese è disponibile nel sito del Ministero degli interni:
http://www.moi.ir/portal/Home/Default.aspx?CategoryID=3f0b662e-3527-4107-98ee-d58ff64c8b0c.
Ultima consultazione novembre 2015.
Si vedano ugualmente: Y. RICHARD, *La constitution de la république islamique d'Iran et l'État-nation,* in: *Revue du monde musulman et de la Méditerranée*, Année 1993, Vol. 68, n. 1, pp. 151-161; M. POTOCKI, (Traduction, introduction et notes), *Constitution de la République islamique d'Iran, 1979-1989*, L'Harmattan, Paris, 2004.

[149] F.M. PAREJA, A. BAUSANI, L. HERTLING, *Islamologia*, *cit*., pp. 145-151.

[150] AL-MĀWARDĪ, *The Ordinances of Government*, *cit*., pp. 16-18.

Alla base dell'affermazione in linea di principio dell'universalità e dell'unitarietà del califfato possono essere individuati due elementi. Il primo risiede nel fatto che la sovranità appartiene a Dio, il quale ne fa delega al Profeta, al quale succederà un vicario dell'inviato di Dio. Un vicario che sarà posto alla guida dell'insieme della Umma, la comunità dei credenti, cui, in linea teorica, spetta la scelta del Califfo sulla base di un *ḥadīth* che attribuisce al Profeta l'affermazione: "La mia comunità non si troverà mai d'accordo su di un errore"[151]. A tale elemento si collega la natura contrattuale dell'istituzione califfale che, diversamente dall'Imamato sciita, non ha un ruolo di carattere spirituale, ma deve presiedere alla salvaguardia della comunità dei credenti e alla sua organizzazione su di un piano meramente temporale. Il capo della comunità deve far rispettare la *sharī'a*, la legge sacra che ha valenza al contempo spirituale e temporale e che non promana dalla sua autorità di governo, bensì direttamente da Dio. La *sharī'a* si colloca dunque al di sopra del detentore del potere politico che non potrà perciò essere mai *legibus solutus*[152]. Ne discende l'assoluta rilevanza della classe degli *'Ulamā*, gli esperti in materia religiosa, sia in ambito sunnita, che in ambito sciita nella fase successiva all'occultamento dell'Imām.

Le parti che stipulano l'accordo di Imamato sono formalmente l'intera Umma e il califfo. Cogliamo qui il secondo elemento dell'affermazione in dottrina dell'unità del califfato: l'unità sociale della Umma richiede che essa sia presieduta da un unico capo deputato a far applicare la legge divina. Fatto salvo però il dato formale, non essendo plausibile che tutti i musulmani potessero prendere parte al processo di designazione del califfo, tale funzione si è raccolta intorno ai maggiorenti della comunità musulmana chiamati *ahl al-ḥall wa 'l-'aqd* ovvero coloro che sciolgono e legano[153]. Il patto che essi stringono sarà vincolante per l'intera comunità, così come espresso da Al-Māwardī: «*if it becomes clear to them which person from amongst the community their ijtihad*[154] *is leading them to choose, they should offer the Imamate to him: if he accepts, they should make the oath of allegiance to him and the Imamate thus comes into being by their act of allegiance and it is then incumbent upon the whole of the Ummah to enter into this allegiance and to accept obedience to him. If, however, he abstains from accepting the*

[151] N. J. COULSON, *Histoire du droit islamique*, Presses Universitaires de France, Paris 1995, p. 77, titolo originale: *A History of Islamic Law*, Edimburgh University Press, Edimburgh, 1964.
[152] G. VERCELLIN, *Istituzioni del mondo musulmano*, *cit*., p. 340.
[153] M. F. AL-SULAMI, *The West and Islam. Western liberal democracy versus the system of* shura, RoutledgeCurzon, London-New York, 2003, pp. 121-122.
[154] Il termine *ijtihād*, si intenda qui col significato di "raziocinio".

Imamate and does not respond to it, he is not coerced into it as it is a contract based on willing choice»[155]. L'omaggio della *bay'ā*, nel passo appena citato reso in traduzione come "giuramento di fedeltà", permarrà come elemento formale nell'investitura politica anche oltre la rottura dell'unità politica del califfato, così come la comunità islamica continuerà ad essere investita dell'obbligo di obbedienza nei confronti del governante. La *bay'ā* è a tutt'oggi formalmente prevista dalla Legge fondamentale del Regno dell'Arabia Saudita per il riconoscimento del Sovrano[156] ed entra nel rituale dell'annuale Festa del Trono in Marocco, durante la quale le gerarchie locali, ripetendo la loro fedeltà al sovrano, ribadiscono la legittimità religiosa del suo potere[157]. Il patto di fedeltà quale riconoscimento dell'autorità politica, è ripreso anche dalla Corte internazionale di giustizia nel parere reso sulla questione del Sahara occidentale[158], laddove si richiama il carattere particolare dello Stato del Marocco al momento della colonizzazione del Sahara occidentale da parte della Spagna. Carattere particolare che si manifestava nel fatto che «*il était fondé sur le lien religieux de l'Islam qui unissait les populations et sur l'allégeance de diverses tribus au Sultan, par l'intermédiaire de leurs caïds ou de leurs cheiks, plus que sur la notion de territoire*»[159]. Oltre al patto di fedeltà vediamo qui introdotto un ulteriore elemento distintivo della costruzione islamica della sovranità che ha attinenza con la concezione del territorio e con la fondamentale distinzione operata dalla dottrina islamica tra *Dār al-Islām*, letteralmente la casa dell'Islām e *Dār al-ḥarb*, la casa della guerra. Con la prima espressione viene designato un "luogo" in cui trova applicazione la *sharī'a*, la legge islamica, che non ha necessariamente corrispondenza con un luogo fisico, in quanto la legge islamica si applica alla comunità dei musulmani, quindi a delle persone. Il *Dār al-Islām* si intende retto da un governo islamico nella misura in cui il governante è chiamato a far applicare la *sharī'a*. Il *Dār al-ḥarb* è viceversa un territorio non abitato da musulmani[160]. La nozione di *Dār al-Islàm* viene in rilievo nel citato parere della Corte internazionale di giustizia laddove si richiama che «*Comme le Maroc l'a fait observer lui-même dans son*

---

[155] AL-MĀWARDĪ, *The Ordinances of Government*, *cit*., p. 14.
[156] *Basic Law of Government*, articolo 5 e) e articolo 6. Consultabile nel sito del Consiglio della Shura: https://www.shura.gov.sa/wps/wcm/connect/ShuraEn/internet/Laws+and+Regulations/The+Basic+Law+Of+Government.
[157] A. ANTIL, *Le Royaume du Maroc et sa politique envers l'Afrique sub-saharienne*, IFRI, Novembre 2003, p 12, p. 15.
[158] *Sahara occidental*, *avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975*, p. 12.
[159] *Ivi*, § 95.
[160] A. RECHID, *L'Islam et le droit de gens*, RCADI, Vol. 60, 1937, pp. 415-416; G. VERCELLIN, *Istituzioni del mondo musulmano*, *cit*., pp. 21-22, pp. 25-26.

exposé oral, le Dar el Islam, lui aussi, groupe aujourd'hui et groupait à l'époque considérée des États distincts unis par le lien de la religion musulmane»[161]. L'elemento unificante di ordine religioso appare dunque essere sovraordinato rispetto alle divisioni di ordine politico aventi una connotazione anche territoriale che, *de facto*, si sono date nel *Dār al-Islàm*. Volendo ricorrere a una classificazione la Corte richiama ancora che «*la Mauritanie suggère que les concepts de nation et de peuple seraient les plus adéquats pour expliquer la situation du peuple chinguittien au moment de la colonisation*»[162]. Vediamo che anche in tal caso l'accento viene posto sull'idea di popolo e nazione e non di territorio. La Corte rileverà l'esistenza di «*liens juridiques d'allégeance entre le sultan du Maroc et certaines des tribus vivant sur le territoire du Sahara occidental*», così come dei legami giuridici tra l'insieme mauritano e il territorio del Sahara occidentale, negando però «*l'existence d'aucun lien de souveraineté territoriale entre le territoire du Sahara occidental d'une part, le Royaume du Maroc ou l'ensemble mauritanien d'autre part*»[163]. Se i legami giuridici che vengono riconosciuti dalla Corte hanno attinenza con la concezione islamica della sovranità, vediamo che tale concezione per la Corte non è idonea a fondare la sovranità *territoriale* secondo il canone del diritto internazionale.

Ritornando brevemente sulla *bay'ā*, possiamo inoltre richiamare che quando, come riportato da alcuni organi di stampa, nell'ottobre 2014 la città libica di Derna, controllata da forze islamiste, ha prestato fedeltà a DAESH[164], altrimenti noto come Stato islamico dell'Iraq e del Levante[165] o come califfato di Al-Baghdādī, la rivista ufficiale del califfato, DABIQ, ha riportato la stessa notizia annunciando che le forze presenti in Libia, così come in altri territori di Stati di area islamica, avevano pronunciato «*their bay'āt to the Khalīfah of the Muslims, Abū Bakr al-Husaynī al-Baghdādī (hafidhahullā)*»[166]. L'affiliazione sul piano politico avviene quindi seguendo l'antico rituale della *bay'ā* che nel quadro ideologico nel novello califfato, diversamente da quanto avviene nei Regni di Arabia Saudita e Marocco, dove l'esercizio del potere è

[161] *Sahara occidental*, *avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975*, § 95.
[162] *Ivi*, § 138.
[163] *Ivi*, § 162.
[164] M. SELLAMI, *Les enjeux locaux et internationaux de la rencontre d'Alger*, www.elwatan.com, 07.10.2014; anche se successivo, il dato è sottolineato nella Risoluzione del Consiglio di Sicurezza S/RES/2238 (2015), dove si esprime «*grave concern at the growing trend of terrorist groups in Libya proclaiming allegiance to Islamic State in Iraq and the Levant (ISIL) (also known as Da'esh)*».
[165] Si veda: NU S/RES/2249 (2015).
[166] DABIQ, Issue n. 5, Muharram 1436, Al Hayat Media Center, p. 22. Il mese di Muharram dell'anno H. 1436, si colloca tra l'ottobre e il novembre 2014.

definito nel quadro di un ordinamento statuale, pare assumere valenza sostanziale oltre che formale.

Consideriamo ora quali fossero i requisiti che secondo la dottrina dovevano essere presenti per l'eleggibilità alla carica califfale. Il califfo doveva innanzi tutto essere di fede islamica e libero. Va qui rilevato che sul solco della teoria classica l'elemento della confessionalità permane a tutt'oggi nelle previsioni di molte Costituzioni di Stati di tradizione islamica, quale requisito per poter ricoprire il ruolo di Capo dello Stato[167]. Oltre a musulmano e libero, il califfo doveva essere di sesso maschile, pubere, integro di corpo e di mente, di condotta irreprensibile secondo i precetti dell'etica islamica, dotato del giudizio e del coraggio necessari ad amministrare la *Umma* e a condurre la guerra e versato nella conoscenza della legge sacra. Su quest'ultimo punto vi è divergenza di opinione su quale dovesse essere il grado di tale conoscenza. Per Al-Māwardī doveva essere tale da permettere di esercitare l'*ijtihād*[168] sulle fonti. Vi è invece concordia nella dottrina in merito al fatto che il califfo dovesse appartenere alla stirpe dei Quraīsh e ciò sulla base di una solida tradizione fatta risalire al Profeta[169]. Come abbiamo visto, la convinzione che l'Imam dovesse appartenere alla famiglia del Profeta o alla stirpe dei Quraīsh, è l'elemento primo alla base del grande scisma tra Islām sciita e Islām sunnita. La diretta discendenza dalla stirpe dei Quraīsh è ancor oggi posta alla base della legittimità politica delle monarchie regnanti in alcuni Stati di tradizione islamica. È il caso ad esempio della casa regnante in Marocco e della casa regnante nel Regno Hashemita di Giordania[170].

Quanto alle modalità attraverso le quali poteva essere nominato il califfo, la dottrina classica ne indica due sulla base della prassi messa in atto nella fase dei quattro califfi ben guidati e poi in epoca omayyade: il califfo poteva essere scelto da coloro che avevano il potere "di sciogliere e legare" o su designazione del successore da parte del califfo in carica. In entrambi i casi il rapporto che si instaurava aveva natura

---

[167] S. LAVOREL, *Les Constitutions Arabes et l'Islam. Les Enjeux du Pluralisme Juridique*, Presses de l'Université du Québec, 2005, p. 33, nota 21. Tra le conseguenze del fenomeno politico che ha preso avvio alla fine del 2010, noto come "primavera araba", vi è stata l'adozione in Tunisia di una nuova Costituzione promulgata il 27 gennaio 2014. In base all'articolo 74, comma primo, per la candidatura alla carica di Presidente della Repubblica è richiesta l'appartenenza alla religione islamica.

[168] *Infra* § 1.18.

[169] D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita*, *cit*., pp. 18-19; AL-MĀWARDĪ, *The Ordinances of Government*, *cit*., p. 12.

[170] B. KHADER, *Claves de las revueltas árabes*, II Congreso International de Derecho islámico e interculturalidad, Facultad de Derecho de la Universitad de Zaragoza, 8 y 9 mayo de 2014. Si vedano anche: http://www.maroc.ma/fr/content/biographie-de-sa-majest%C3%A9-mohammed-vi http://kingabdullah.jo/index.php/en_US/pages/view/id/157.html

contrattuale e comportava quindi l'accettazione della carica da parte del prescelto, da cui derivava per la Umma l'obbligo di obbedienza nei suoi confronti[171]. Tuttavia, già prima della caduta di Baghdad, ultimo baluardo del califfato storico, nel pensiero di Al-Ghazālī, (1058-1111), figura emblematica del pensiero islamico[172], si delinea il criterio dell'effettività dell'obbedienza all'Imam come elemento di legittimazione del potere[173]. L'obbedienza a qualunque autorità *de facto* diverrà l'elemento informatore della teoria politica islamica: il potere sarà legittimo anche se acquisito per occupazione o usurpazione purché non travalichi l'ordine costituzionale fissato nella *sharī'a* [174].

Questi aspetti si possono ben cogliere in quella che diverrà la maggiore potenza islamica a partire dal XV secolo, ossia l'Impero ottomano, formalmente denominato sultanato e non califfato. Il primo nucleo storico del potere ottomano ha origine nel 1299 in una regione nordoccidentale dell'Asia Minore. Discendenti dalla stirpe di Osman ('Uthmān), da cui derivano il proprio nome, gli Ottomani non potevano vantare un'ascendenza nella stirpe dei Quraīsh, criterio questo canonico per l'investitura del califfo. Dopo la conquista di Costantinopoli ad opera di Muḥammad II nel 1453 – che da allora fu chiamata Istanbul – l'Impero raggiunse il suo apogeo sotto il governo di Selīm I (1512-1520) e di suo figlio Sulaymān (1520-1566) detto Qānūnī, ossia legislatore, in ragione dell'opera di codificazione che promosse in campo amministrativo[175], ovvero in quei settori del diritto sottratti all'imperio della *sharī'a*. Alcuni elementi sulla struttura del governo ottomano di quest'epoca possono essere colti nelle coeve riflessioni che Niccolò Machiavelli svolge nel capitolo IV de Il Principe[176]. Machiavelli non entra nel merito di quale dovesse o potesse essere il fondamento religioso del governo che egli chiama del "Turco" ma delinea due forme di governo, l'una in cui comanda un principe e tutti gli atri sono servi e dove l'autorità del

---

[171] AL-MĀWARDĪ, *The Ordinances of Government*, *cit*., pp. 12-27. Tale concetto è espresso nelle memorie presentate dalla Libia nel caso della controversia territoriale tra Libia e Ciad sottoposto alla Corte internazionale di giustizia (*Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad), arrêt, C.I.J. Recueil 1994*, p. 6), nei seguenti termini: «*Islamic constitutional theory rests on a contractual relationship between ruler and ruled and on legitimized delegation of authority, in which Islam itself is the legitimizing and sovereign component. The Islamic world was not primarily concerned with concepts such as boundaries or territorial sovereignty*», *Territorial dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad*) *I.C.J*., Memorial submitted by the Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya, Vol. I, 26 August 1991, § 3.14, p. 31.

[172] H. LAOUST, *La politique de Ġazālī*, Geuthner, Paris, 1970.

[173] M. CAMPANINI, *Islam e politica*, *cit*., pp. 118-123.

[174] P. J. VATIKIOTIS, *Islam: Stati senza Nazioni, il Saggiatore*, Milano, 1998, p. 33, titolo originale: *Islam and the State*, Routledge, 1987.

[175] F.M. PAREJA, A. BAUSANI, L. HERTLING, *Islamologia*, *cit*.,p. 179, pp. 181-182, pp. 189-194.

[176] N. MACHIAVELLI, *Il Principe*, Antonio Blado, Roma, 1532.

principe è maggiore «perché per tutta la provincia non è alcuno che riconosca superiore sen non lui; e se obbediscano alcun altro, lo fanno come ministro e offiziale, e non gli portano particolare amore»; l'altra invece in cui il governo è retto da un principe e da baroni i quali «per antiquità di sangue tengano quel grado». Questi «hanno stati e sudditi proprii, li quali li riconoscono per signori e hanno in loro naturale affezione». Machiavelli individua quali esempi di queste distinte modalità di governo rispettivamente «el Turco e il re di Francia»[177]. Possiamo qui rinvenire dei tratti che hanno attinenza con la concezione classica del califfato, secondo una prospettiva che potremmo definire di diritto (pubblico) interno, che allo stesso tempo però riunisce su di sé la teorizzazione islamica delle relazioni verso l'esterno e ciò con maggiore evidenza in rapporto al quadro, che possiamo definire di pluralismo politico, che risulta dall'osservazione dell'esercizio dell'attività di governo in Europa, anche nella sua dimensione territoriale ("hanno *stati* e sudditi proprii"). Secondo l'ideologia ufficiale ottomana, compito principale del sultano era quello di mantenere l'ordine interno della comunità islamica e di difenderla dal mondo esterno, il suo potere era assoluto e i governati erano tutti indistintamente dei sudditi. In questo quadro un ruolo di rilievo era riconosciuto agli *'ulamā*, in quanto depositari della tradizione classica fondata sulle fonti scritturali islamiche e il cui sapere veniva tramandato attraverso un sistema di scuole giuridico-religiose[178].

Nonostante l'Impero ottomano sia stato per lungo tempo la maggiore potenza islamica, non era tuttavia la sola autorità di governo islamica. La stessa dissoluzione dell'unità califfale, avvenuta secoli prima, non aveva tuttavia scalfito sul piano teorico la concezione di una sovranità unitaria ed universale facente capo alla suprema guida della comunità islamica, da cui l'irrilevanza in linea di principio di una questione inerente ai rapporti tra entità di governo islamiche – tra Stati, diremmo oggi – . Il solo vero "confine" che veniva in rilievo era quello tra *Dār al-Islām* e *Dār al-ḥarb*, ossia tra credenti e infedeli, da cui derivava che anche le divisioni di carattere politico che riguardavano gli infedeli, non erano rilevanti. Benché sin dal XVI secolo l'Impero ottomano avesse stipulato dei trattati con singoli potentati politici europei, l'idea di politica estera e di relazioni internazionali rimasero estranee all'orizzonte teorico degli

[177] N. MACHIAVELLI, *Il Principe*, Mondadori, Milano, 1987, pp. 18-19.
[178] E. J. ZÜRCHER, *Storia della Turchia. Dalla fine dell'impero ottomano ai giorni nostri*, Donzelli editore, Roma, 2007, pp. 17-18, titolo originale: *Turkey: A Modern History*, I. B. Tauris & Co Ltd, London, 2007.

ottomani, la cui concezione della sovranità restava legata alla tradizione classica dell'Islām[179]. Sulla base di tale tradizione l'acquisizione del titolo di califfo da parte dei sultani ottomani, quale elemento legittimante da un punto di vista religioso della loro autorità, appare relegato più al dominio del mito, che confortato da solidi dati di ordine storico. Nel XIII secolo, Baybars, il maggiore dei sultani mamelucchi che governarono sull'attuale Egitto, invitò alla propria corte un figlio di al-Ẓāhir, uno degli ultimi califfi abbasidi, per fondare la propria legittimità politica sulla genealogia della stirpe del Profeta. Quando nel 1516 Selim I sconfisse i mamelucchi nella battaglia di Dābiq, nei pressi di Aleppo, portò ad Istanbul al-Mutawakkil, il discendente degli Abbasidi presso la corte dei Mamelucchi. Al-Mutawakkil rientrò in Egitto alla morte di Selim I e non vi è nessuna evidenza storica di una qualche investitura formale del "potere califfale" a favore del sultano ottomano[180].

Come spiega Louis Milliot «*Le califat universel serait donc, plutôt qu'une réalité, une spéculation des théologiens-juristes. Ce sont les Européens qui, trouvant là un support juridique utilisable dans les relations internationales et considérant comme plus commode de traiter avec un seul représentant pour l'Islam tout entier, ont, avec empressement, reconnu un pouvoir œcuménique à la Sublime Porte*»[181]. L'attribuzione di un tale potere ecumenico e quindi califfale, trova per la prima volta sigillo formale nel trattato di Küçük Kaynarca siglato tra la Porta Ottomana e l'Impero di tutte le Russie il 21 luglio 1774[182]. L'articolo III, dopo aver sancito la sovrana indipendenza della Crimea[183], fino ad allora provincia ottomana, precisa che «Quanto alle costumanze di Religione essendo della stessa co' i Musulmani e Sua Sultana Maestà essendo come Supremo Califfo Maomettano, hanno essi a regolarsi verso di lei, come si è prescritto nelle regole della Religione loro, senza però mettere in compromesso la stabilita libertà

[179] B. LEWIS, *La costruzione del Medio Oriente*, Laterza, Roma-Bari, 1998, pp. 155-159, titolo originale: *The Shaping of the Modern Middle East*, Oxford University Press, 1994.
[180] F.M. PAREJA, A. BAUSANI, L. HERTLING, *Islamologia*, *cit*., p. 133, pp. 190-191.
[181] L. MILLIOT, *La conception de l'État et de l'ordre légal dans l'Islam*, *cit*., p. 651.
[182] DE MARTENS, *Recueil des principaux Traités d'Alliance, de Paix, de Trêve, de Neutralité, de commerce, de limites, d'échange & c., conclus par les Puissances de l'Europe tante entre elles qu'avec les Puissances et États dans d'autre parties du monde*, Tome IV 1761-1790 supplemens., Jean Chretien Dieterich, Gottingue, 1795, pp. 606-638. Ai sensi dell'articolo XXVIII, il testo autentico è in lingua italiana per entrambe le parti e rispettivamente in Russo e Turco.
[183] I popoli Tartari di Crimea debbono essere riconosciuti «indipendenti assolutamente da qualunque straniera Potenza», e il loro Kan avrebbe governato «senza render mai conto in alcun tempo a qualsivoglia straniera potenza».

loro politica, e civile»[184]. Troviamo ancora un riferimento al califfo nell'Annesso n. 2 del Trattato di Ouchy, concluso tra Italia e Turchia e redatto il 15 ottobre del 1912[185]. Il trattato era finalizzato a porre fine alle ostilità tra i due Stati a seguito dell'occupazione militare prima e dell'annessione unilaterale poi, tramite legge n. 38 del 25 febbraio 1912, delle province ottomane di Tripolitania e Cirenaica da parte del Regno d'Italia. L'Annesso n. 2, che contiene il testo di un decreto Regio da emanarsi in base alle disposizioni dell'articolo III del Trattato, prevede all'articolo 2 che gli abitanti della Tripolitania e della Cirenaica continuino a godere come in passato della più grande libertà nell'esercizio del culto musulmano e che «*Le nom de Sa Majesté Impériale le Sultan, comme Kalife, continuera à être prononcé dans les prières publiques des Musulmans*»[186]. In entrambi i trattati citati, il termine "califfo" è impiegato per designare un capo religioso la cui autorità travalica la potestà di governo del Capo dello Stato che, in quanto tale, è chiamato sempre e solo Sultano. Se l'Impero ottomano, in quanto parte di entrambi i trattati, non può che aver avvalorato una simile impostazione,

[184] È singolare, ma di interesse, l'articolo VII del trattato di Küçük Kaynarca, in base al quale «Se alcuno fra quei, che fossero effettivamente nel servizio del Ministro Russo, mentre che egli risiede presso la Fulgida Porta, doppo aver fatto alcun furto, gran delitto, o atto sconvenevole da gastigarsi, e per evitar la pena si volesse far Turco, questo non potrà essere discacciato, ma dopo aver ricevuto il castigo, e restituite le robe dirubate in intiero, conforme alla dichiarazione fatta dal Ministro, potrà esser ammesso alla Legge Maomettana. Quei che diranno volersi far Maomettani nel tempo che sone ubriachi, non potranno essere ricevuti nella Religione Maomettana, se non dopo passata la loro ubriachezza, e quando la mente di coloro sarà ritornata nel suo stato naturale; ma anche allora la loro dichiarazione dovrà esser fatta in presenza d'un Mandato dal Ministro, e di qualche altro imparziale Musulmano». Possiamo osservare che il cambio di religione – farsi Turco – equivale ad un cambiamento nello statuto personale, giacché il convertito sarebbe stato soggetto alla legge islamica e quindi alla giurisdizione dell'Impero ottomano. La mancata validità della conversione all'Islām, se avvenuta in stato di ubriachezza, oltre che presupporre la temporanea incapacità del soggetto, testimonia del fatto che per la conversione all'Islām non sono richieste particolari formalità, ma è sufficiente la sola pronuncia della *shahāda*, la testimonianza di fede "Non esiste altro Dio al di fuori di Dio e Muḥammad è il Suo messaggero", alla presenza di due testimoni. Nella concezione islamica, l'Islām è considerato la religione naturale (*fiṭra*) e secondo un noto detto attribuito al Profeta "Ogni bambino nasce nella *fiṭra*; son poi i suoi genitori che lo fanno giudeo, cristiano, o zoroastriano". La conversione all'Islām, per gli aderenti ad altri credi religiosi, si configura quindi come un ritorno allo "stato naturale", uno stato in cui tutti sono nati, ragion per cui, al di fuori della *shahāda* non sono richieste altre formalità ai fini della conversione. Ben altre conseguenze, anche sul piano giuridico, derivano invece dall'abbandono dell'Islām ovvero per coloro che dopo aver conosciuto la vera fede la abbandonano. L'apostata non ha uno statuto nell'ordine shariatico, per cui le sole opzioni che gli sono date sono quelle della ritrattazione o della morte. Nel pensiero radicale apostati sono anche coloro che non praticano il "vero" Islam, considerati quindi nemici interni che vanno combattuti e uccisi: Corano, XXX, 30 e commento; B. LEWIS, *Il linguaggio politico dell'Islam, cit*., pp. 98-104.

[185] Regio Ministero degli Affari Esteri, Trattati e Convenzioni fra il Regno d'Italia e gli altri Stati, Vol. 22°, Atti conclusi dal 1° gennaio 1912 al 31 dicembre 1913, Tipografia del R. Ministero degli Affari Esteri, Roma, 1930-VIII, pp. 226-232.

[186] L'articolo 22 del Trattato di Losanna del 24 luglio 1923, stabilirà che «*Sans préjudice des dispositions générales de l'Article 27, la Turquie déclare reconnaître l'abolition définitive de tous droits et privilèges de quelque nature que ce soit, dont elle jouissait en Libye en vertu du Traité de Lausanne du 18 octobre 1912 et des Actes y relatifs*».

l'ambivalenza tra sultanato e califfato permarrà sino alla definitiva abolizione di quest'ultimo avvenuta il 3 marzo 1924 ad opera del governo di Mustafa Kemal, il quale, dal 1934 fu denominato Atatürk, ossia "Padre dei Turchi". Il sultanato era già stato abolito con una mozione votata all'unanimità dall'Assemblea Nazionale di Ankara il primo novembre 1922, in base alla quale la sovranità del Sultano veniva assunta dalla Nazione[187], mentre il Califfo, che diveniva quindi una figura distinta da quella del Sultano, sarebbe stato eletto dalla Grande Assemblea Nazionale tra i membri della stirpe di Osman. Nella nuova struttura istituzionale, il Califfo rimaneva dunque il solo legame tra la Repubblica Turca, proclamata il 29 ottobre 1923 e l'Impero Ottomano. Ma non solo. La giurisdizione di carattere religioso del Califfo, continuava ad oltrepassare i confini dello Stato Turco quale elemento simbolico dell'unità spirituale e politica di tutti i musulmani[188]. Con l'abolizione del califfato e l'esilio dell'ultimo califfo Abdülmecit Efendi e dei membri della casa regnante ottomana, non solo il mondo islamico veniva privato di tale elemento simbolico, ma di lì a poco la Repubblica Turca abolì la *sharī'a* quella legge sacra che doveva informare l'esercizio del potere islamico e che ormai, nell'ordinamento repubblicano, era stata sostituita da un ordine costituzionale. Nella Costituzione adottata nel 1924, le sole tracce del passato si rinvengono nell'articolo 2 che stabiliva che l'Islām fosse la religione di Stato, e nell'articolo 26, secondo cui spettava alla Grande Assemblea Nazionale dare attuazione alle previsioni della *sharī'a*, disposizioni entrambe soppresse da una riforma costituzionale del 1928. In base agli articoli 3 e 4 la sovranità apparteneva alla Nazione nel cui nome sarebbe stata esercitata dalla Grande Assemblea Nazionale. Il carattere laico dello Stato sarebbe stato infine formalmente sancito dall'articolo 2 con una riforma costituzionale intervenuta nel 1937[189]. In generale, secondo gli osservatori del

[187] Sarà *Le Gouvernement de la Grande Assemblée Nationale de Turquie* a firmare il Trattato di Losanna del 24 luglio 1923: *Empire Britannique, France, Italie, Japon, Grèce, & c., et Turquie. Traité de Paix, signé à Lausanne le 24 juillet 1923*, Société des Nations. Recueil des Traités, Vol. XXVIII, 1924, n. 701, p. 14.

[188] Questi aspetti emergono con chiarezza nelle già citate memorie dello Stato libico nel caso Libia-Ciad dove, in riferimento alle "Reggenze" di Algeri, Tunisi, Tripoli e dell'Egitto, si afferma che «*All four States enjoyed a wide degree of independence from the Porte; but they accepted the religious supremacy of the Sultan-Caliph in Constantinople as well as Ottoman sovereignty*» (§ 4.08, p. 73) e ancora che «*the Ottoman Sultan enjoyed a position of supremacy among Islamic peoples: he was at the same time the Caliph of the Muslim faith and the sovereign power*», *Territorial dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad*) *I.C.J.*, Memorial submitted by the Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya, Vol. I, 26 August 1991, § 4.76, p. 104.

[189] E. MEAD EARLE, *The New Constitution of Turkey*, in: *Political Science Quarterly*, Vol. 40, Issue 1 (Mar., 1925), pp. 84-86, pp. 89-100; E. J. ZÜRCHER, *Storia della Turchia*, *cit*., p. 196, pp. 203-205; M.CARDUCCI, B. BERNARDINI D'ARNESANO, *Turchia*, il Mulino, Bologna, 2008, p. 31; E. ÖZBUDUN,

tempo, con l'abolizione del califfato «*Turkey had taken the most important step forward which had been taken since her advent into European affairs*»[190].

1.16. *La permanenza della* sharīʿa *dopo l'abolizione del califfato*

Se la Turchia, come vedremo anche in seguito, assumerà un profilo istituzionale laico, il diritto islamico, di cui nel paragrafo 1.18 cercheremo di cogliere i tratti principali nella sua configurazione classica, continuerà ad operare in altri territori, che ora possiamo chiamare Stati, del *Dār al-Islām*. All'abolizione del califfato e quindi della sua dimensione vera o simbolica di istituzione unificatrice di tutti i musulmani, non corrisponderà dunque l'abolizione della legge islamica, certo non nel suo essere criterio informatore della vita del credente, carattere che permane a prescindere dall'orientamento più o meno "laico" dello Stato, ma nella sua dimensione più strettamente giuridica (qui il termine "giuridica" è impiegato secondo l'accezione occidentale del termine), laddove essa continuerà ad influenzare gli ordinamenti degli Stati che alla tradizione islamica si richiamano. Possiamo inquadrare quindi, nella permanenza del diritto islamico, tre diverse dimensioni la cui definizione sarà utile anche ai fini del contributo che tale diritto può aver dato alla costruzione dei principi generali di diritto in diritto internazionale.

In primo luogo, la *sharīʿa* permane, in quanto legge sacra, nel suo essere espressione di un insieme di precetti giuridico-religiosi sulla base dei quali il credente deve orientare la propria vita.

La seconda dimensione, che è scissa dalla prima solo su un piano temporale, in quanto investe la sfera politica, oltre che individuale, ha attinenza col diritto musulmano classico nel suo insieme, un sistema che regolava tanto i rapporti di tipo pubblicistico che di tipo privatistico e che conosceva degli istituti che oggi, pur con tutte le differenze del caso, potremmo inquadrare come aventi attinenza col diritto internazionale. Questa dimensione, se proiettata nella contemporaneità, sotto un profilo giuridico e non religioso – nonostante i due aspetti nel diritto islamico siano inscindibili – oltre a rivestire un interesse di carattere storico è una delle componenti che informano il diritto positivo degli ordinamenti di taluni Stati di tradizione islamica. Ed è in questa evidenza

---

Secularism in Islamic Countries. Turkey as a Model, in: R. GROTE, T. J. RÖDER (Edt by), *Constitutionalism in Islamic countries. Between Upheaval and Continuity*, Oxford University Press, New York, 2012, p. 136.

[190] E. MEAD EARLE, *The New Constitution of Turkey,cit*., p. 86.

che rinveniamo la terza dimensione della permanenza del diritto islamico anche dopo l'abolizione dell'istituzione califfale.

1.17. Segue: *Il diritto islamico nell'opinione individuale del giudice Weeramantry nel caso Gabčíkovo-Nagymaros*

Vi è tuttavia un'ulteriore ipotesi che porgiamo con prudenza anche alla luce delle riflessioni che svolgeremo oltre nella Sezione II del Capitolo III, che riguarda la possibilità che il diritto islamico nella sua accezione classica, possa avere un'influenza o contribuire allo sviluppo del diritto internazionale. Tale ipotesi è delineata nell'opinione individuale del giudice Christopher Gregory Weeramantry nel caso Gabčíkovo-Nagymaros[191]. La controversia verteva su un progetto sul quale le parti si erano accordate tramite un Trattato ratificato nel 1977, che prevedeva la costruzione di un sistema di dighe lungo il corso del Danubio e, tra l'altro, di un canale artificiale e di un bacino idrico[192]. L'opera, ai sensi del Trattato, era finalizzata alla produzione di energia elettrica, ma perseguiva anche gli obiettivi di migliorare la navigazione sul Danubio, di governare le piene e regolare il deflusso dei ghiacci, e la protezione dell'ambiente naturale[193]. L'impatto ambientale dell'opera era già preso in considerazione dagli articoli 15 e 19 del Trattato[194], ma la Corte ritiene che, su questa base, la valutazione del rischio ambientale dovesse darsi alla luce degli standard allora attuali. Per la Corte «*This need to reconcile economic development with protection of the environment is aptly expressed in the concept of sustainable development*»[195]. È la prima volta che la Corte si riferisce allo sviluppo sostenibile nella sua giurisprudenza ed è al concetto di sviluppo sostenibile che il giudice Weeramantry dedica un approfondimento nella sua opinione individuale, dove rinveniamo un richiamo anche alla tradizione giuridica dell'Islām[196]. Dopo aver affermato che il principio dello sviluppo sostenibile è parte del diritto internazionale moderno in ragione della sua ampia e generale accettazione da

[191] *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I. C. J. Reports 1997,* p. 7.
[192] *Ivi*, § 18.
[193] *Ivi*, § 135.
[194] *Ivi*, § 18, § 112, § 137.
[195] *Ivi*, § 140.
[196] *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I. C. J. Reports 1997,* p. 7, *Separate Opinion of Vice-President Weeramantry,* pp. 88-119.

parte della comunità mondiale[197], Weeramantry dedica un paragrafo a «*The Need for International Law to Draw upon the World's Diversity of Cultures in Harmonizing Development and Environmental Protection*»[198]. Secondo Weeramantry, dato che il caso in questione riguardava un grande progetto idraulico, offriva la possibilità di attingere alla saggezza del passato per ricavarne taluni principi idonei a rafforzare il concetto di sviluppo sostenibile. Per Weeramantry tale saggezza è una fonte legittima di arricchimento del diritto internazionale, una fonte alla quale forse non si era fatto ricorso nella misura in cui la sua importanza avrebbe richiesto e che non sarebbe incompatibile con la metodologia stessa del diritto internazionale in quanto «*In drawing into international law the benefits of the insights available from other cultures, and in looking to the past for inspiration, international environmental law would not be departing from the traditional methods of international law, but would, in fact, be following in the path charted out by Grotius. Rather than laying down a set of principles* a priori *for the new discipline of international law, he sought them also* a posteriori *from the experience of the past, searching through the whole range of cultures available to him for this purpose. From them, he drew the durable principles which had weathered the ages, on which to build the new international order of the future. Environmental law is now in a formative stage, not unlike international law in its early stages. A wealth of past experience from a variety of cultures is available to it. It would be pity indeed if it were left untapped merely because of attitudes of formalism which see such approaches as not being entirely* de rigueur»[199]. Dobbiamo in primo luogo osservare che le "fonti" cui si riferisce il giudice Weeramantry e che dettaglierà oltre nella sua esposizione, se da un lato attengono a una pluralità di culture, dall'altro appaiono relegate ad esperienze del passato. Il pluralismo culturale che dovrebbe influenzare il fenomeno giuridico, pare qui essere inteso prevalentemente in senso diacronico, senza che sia considerato quanto di un determinato sostrato culturale permanga nell'esperienza degli ordinamenti statuali contemporanei. In secondo luogo, l'influenza che le diverse culture nella loro configurazione tradizionale dovrebbero avere in diritto internazionale, è vista nella prospettiva di quel particolare settore del diritto internazionale che è il diritto dell'ambiente. Weeramantry procede nel suo

[197] *Ivi*, p. 95; «*Happily for international law, there are plentiful indications, as recited earlier in this opinion, of that degree of "general recognition among states of a certain practice as obligatory" to give the principle of sustainable development the nature of customary law*», *Ivi*, p. 104.
[198] *Ivi*, p. 96.
[199] *Ivi*.

discorso affermando l'importanza che l'interdisciplinarietà deve avere in diritto internazionale, in particolare guardando al futuro, e richiamando poi l'articolo 9 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia[200], secondo cui la composizione della Corte deve rappresentare nell'insieme le grandi forme di civiltà e i principali sistemi giuridici del mondo, enfatizza l'espressione "grandi forme di civiltà" che potrebbe rinviare anche alle civiltà del passato, se non fosse che i giudici della Corte non possono che vivere nel presente. La Corte, prosegue Weeramantry «*cannot afford to be monocultural, especially where it is entering newly developing areas of law*»[201], affermazione questa che parrebbe alludere ad un monoculturalismo di fatto della Corte.

Secondo Weeramantry vi sono dei principi nei sistemi giuridici tradizionali che possono contribuire alla costruzione del moderno diritto internazionale dell'ambiente. Molti sistemi giuridici tradizionali avrebbero inoltre una particolare pertinenza col caso discusso dalla Corte, dato che laddove trattano della gestione dei corsi d'acqua, rivelano una particolare preoccupazione in merito al fatto che l'intervento umano sulla natura sia sempre operato nel rispetto dell'ambiente[202]. Weeramantry passa quindi in rassegna le pratiche che avevano attinenza con l'irrigazione e la gestione delle acque, adottate nelle antiche civiltà e nei sistemi giuridici tradizionali. A partire dall'antica civiltà dello Sri Lanka, muove verso gli insegnamenti del Buddismo sul rapporto tra essere umano e mondo naturale, illustra le pratiche sull'irrigazione di alcune antiche culture dell'Africa subsahariana e menziona il sistema dei *qanat* iranici, il sistema adottato in Cina e dalla civiltà Inca[203]. Sull'imperativo di bilanciare i bisogni della presente generazione con quelli delle generazioni future, richiama delle pratiche e credenze delle società tradizionali a livello globale[204]. Anche l'Europa entra nella rassegna proposta dal giudice Weeramantry, un'Europa che avrebbe avuto «*a deep-seated tradition of love for the environment*», offuscata poi con l'avvento della rivoluzione industriale. Da ultimo vengono citati i principi di diritto islamico (in questo caso è impiegato il termine "diritto" e non "tradizione", "cultura" o "civiltà") e tratteggiati i fondamenti su cui si regge l'etica islamica dell'ambiente[205]. Ritorneremo a breve su questo punto.

---

[200] *Infra*, § 3.8.
[201] *I Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I. C. J. Reports 1997,* p. 7, *Separate Opinion of Vice-President Weeramantry*, p. 97.
[202] *Ivi*, pp. 97-98.
[203] *Ivi*, pp. 98-106.
[204] *Ivi*, p. 107.
[205] *Ivi*, p. 108.

Se per Weeramantry «*The ingrained values of any civilization are the source from which its legal concepts derive, and the ultimate yardstick and touchstone of their validity»* e ciò è dato *«in international and domestic legal systems alike, save that international law would require a worldwide recognition of those values*»[206], le modalità di tale riconoscimento di prospettive e principi legati ai sistemi tradizionali su scala planetaria, non sono completamante chiarite, salvo affermare che «*There are many routes of entry by which they can be assimilated into the international legal system*»[207]. Una di queste "strade" è legata alla Corte internazionale di giustizia che nel suo dover essere rappresentativa delle grandi forme di civiltà «*constitutes a unique forum for the reflection and the revitalization of those global legal traditions*»[208]. Insistendo, come già evidenziato, sul dettato dell'articolo 9 dello Statuto della Corte relativamente alla rappresentanza nella Corte delle "grandi forme di civiltà", più che dei "principali sistemi giuridici del mondo", Weeramantry apre ad un generoso spettro di pratiche, credenze e tradizioni culturali, che in qualche modo superano la nozione di sistema giuridico, in particolare se si considera che una "porta aperta" per far entrare principi e valori tradizionali nel sistema normativo internazionale, è individuata in una delle fonti cui può attingere la Corte, ossia i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili[209].

Se ci attenessimo all'indirizzo delineato da Weeramantry troveremmo un'altra evidenza, benché espressa sotto un profilo teorico, della permanenza nella contemporaneità del diritto islamico nella sua configurazione classica, nella misura in cui questo potrebbe contribuire direttamente, ossia senza la "mediazione" del diritto statuale e comunque insieme ad altre tradizioni giuridiche (del passato e del presente) alla creazione delle norme di diritto internazionale. Il discorso di Weeramantry è circoscritto al diritto dell'ambiente e se idealmente può essere condivisibile un recupero della sapienza tradizionale delle varie culture del mondo, laddove questa abbia dimostrato di disporre di soluzioni efficaci nella protezione dell'ambiente, meno condivisibile è l'affermazione di principio che ne deriva. Se si afferma che qualunque tradizione giuridica e/o culturale, di qualunque epoca, può concorrere alla formazione del diritto internazionale, – non contemplando qui la possibilità della formalizzazione di

[206] *Ivi.*
[207] *Ivi*, p. 110.
[208] *Ivi*, p. 109.
[209] *Ivi*, p. 109-110; *Infra,* § 3.10.

modalità tradizionali di interazione con l'ambiente naturale in strumenti di ordine pattizio – , oltre a perdere di vista che i soggetti di diritto internazionale sono gli Stati – con buona pace della civiltà Inca, potremmo dire, ma anche di quelle "nazioni civili" a partire dal diritto interno delle quali possono essere elaborati i principi generali di diritto in diritto internazionale – potremmo supporre che qualunque norma o pratica del passato, se comune a più civiltà, potrebbe entrare nel corpo del diritto internazionale. È vero che Weeramantry costruisce la sua ipotesi per un settore del diritto in fase di formazione, da cui il richiamo alla metodologia impiegata da Grozio, in un momento che si potrebbe definire "epifanico" della teorizzazione del diritto internazionale. Tuttavia, se viene affermato un principio in merito alla teoria delle fonti, una volta che questo sia affermato dovrebbe essere valevole per la costruzione complessiva del diritto internazionale. Nel settore dei diritti umani, se non fosse che esistono specifici strumenti convenzionali, guardare al passato per ricavare un quadro normativo idoneo a stabilire, ad esempio, quale debba essere il ruolo e la posizione del genere femminile nella società, porterebbe ad un esito decisamente regressivo rispetto a quanto il sentire contemporaneo, ossia la volontà espressa dagli Stati su scala universale, e fatte salve le riserve, ha sancito nella Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne[210]. Guardare alle pratiche delle civiltà del passato, anche del passato più remoto, può rivelarsi un'operazione non compatibile con l'attuale assetto del sistema di diritto internazionale, tanto sotto un profilo formale che sotto un profilo sostanziale, se di quegli istituti e pratiche non vi è permanenza in senso lato, nelle società contemporanee.

Se consideriamo poi l'indirizzo dato da Weeramantry a partire dal contributo che la tradizione giuridica dell'Islām potrebbe dare al diritto internazionale dell'ambiente, troviamo delle norme molto dettagliate, accostabili al caso discusso dalla Corte, nel citato classico di Al-Māwardī che racchiude la teoria del califfato. L'attività di governo comportava anche la gestione del territorio cui sono dedicati i capitoli 15 e 16[211] del trattato. In particolare, il capitolo 15 tratta della rivitalizzazione della terra e dello sfruttamento dell'acqua. In merito a quest'ultimo punto troviamo dettagliato il regime dei fiumi e anche dei canali artificiali in cui si rinviene, tra l'altro, un riferimento ai

[210] *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women,* UN Treaty Series, Vol. 1249, 1990, N. 20378, p. 14 ss..
[211] AL-MĀWARDĪ, *The Ordinances of Government, cit.,* p. 252 ss., p. 263 ss..

qanat (preislamici) menzionati da Weeramantry[212]. Le regole che presiedono alla gestione dell'acqua sono fondate in via prevalente sulla Sunna del Profeta. Se la Sunna del Profeta permane ancor oggi nel suo essere, come vedremo nel prossimo paragrafo, una delle fonti su cui posa l'elaborazione del diritto islamico, andrebbe verificato quanto dei precetti sacri che informavano la gestione del territorio e il rapporto dell'uomo con l'ambiente naturale nel *Dār al-Islām*, siano oggi recepiti dagli ordinamenti degli Stati che alla tradizione islamica si richiamano.

La dottrina islamica contemporanea, fatto salvo uno studio di Seyyed Hossein Nasr risalente al 1964, che in un certo qual senso può essere definito pionieristico[213], ha iniziato a recuperare e a sistematizzare i principi che nel diritto islamico attengono al diritto dell'ambiente a partire dagli anni ottanta del secolo scorso[214], e l'ha fatto a seguito dell'evidenza che gran parte della legislazione ambientale presente negli Stati di tradizione islamica era di fatto ispirata alle norme giuridiche emanate negli Stati occidentali[215]. Benché una serie di pratiche fondate sulla *sharī'a* continuino ad influenzare il modo in cui l'uomo si rapporta alle risorse naturali, specialmente nelle aree rurali, nella maggior parte degli Stati che si richiamano alla tradizione islamica «*these practices do not receive official recognition, and even where Islamic legislation is constitutionally recognized, it is seldom applied effectively or creatively. The exceedingly rich contributions that Islamic law and ethics have to offer remain largely unarticulated and unrealized*»[216]. Se non sono gli stessi Stati tributari di una certa tradizione giuridica e culturale a riconoscere e a valorizzare sul piano giuridico quella tradizione, su quale base un simile riconoscimento potrebbe essere effettuato dal giudice internazionale? I giudici della Corte internazionale di giustizia non possono che rappresentare quelle grandi forme di civiltà che, pur avendo radici antiche, si manifestano nel presente e devono applicare, nei loro giudizi, le norme previste nello

[212] *Ivi*, pp. 256-259.
[213] S.H. NASR, *An Introduction to Islamic Cosmological Doctrines*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1964.
[214] AA.VV., *Basic Paper on the Islamic principles for the conservation of the natural environment*, IUCN, Gland, Switzerland, 1983; M.A. MEKOUAR, *Études en droit de l'environnement*, Editions Okad, Rabat, 1988, pp. 32-50.
[215] O. A. LLEWELLYN, *The Basis for a Discipline of Islamic Environmental Law*, in: R.C. FOLTZ, F. M. DENNY, A.BAHARUDDIN (Edt. by), *Islam and Ecology. A Bestowed Trust*, Center for the Study of World Religions, Harvard Divinity School, Cambridge, Mass., 2003, p. 186.
[216] *Ivi*.

Statuto della Corte[217] che, per quanto attiene ai principi generali di diritto, rinvia all'espressione del giuridico che si manifesta negli ordinamenti statuali qui e ora.

Il diritto musulmano classico potrà certo avere un valore di carattere esortativo per i fedeli dell'Islām, ma non potrà in sé costituire una base sulla quale elaborare il diritto internazionale, fatto salvo naturalmente l'eventuale confluire in strumenti di ordine pattizio il cui fondamento però risiede nella volontà degli Stati.

Al di là dei casi già segnalati, si esclude perciò che vi possa essere una diretta manifestazione e quindi una permanenza della *sharī'a* in quell'espressione della contemporaneità che è il diritto internazionale. Ciononostante va segnalato che i molteplici atti terroristici perpetrati attualmente su scala globale da gruppi radicali islamici, a partire da DAESH, rilevano ai fini del diritto internazionale. Se consideriamo da ultima la Risoluzione del Consiglio di Sicurezza n. 2253, adottata il 17 dicembre 2015 ai sensi del Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite e riguardante "Le minacce contro la pace e la sicurezza internazionali derivanti da atti di terrorismo", in essa viene riaffermato che il terrorismo non può essere e non deve essere associato a nessuna religione, nazionalità o civiltà. La risoluzione tuttavia riguarda esplicitamente DAESH, la rete di Al-Qaida e ogni persona, gruppo o entità ad essa associati, i quali agiscono sulla base di un'ideologia, per quanto distorta, che riposa sulla tradizione islamica, prova ne sia l'istituzione di un'entità di governo autoproclamatasi "Califfato" e l'affiliazione ad essa di gruppi ideologicamente affini, operata tramite la *bay'ā*. Simili modalità di azione ed interazione, che di fatto ignorano i confini territoriali degli Stati, possono essere collegate alla concezione della sovranità nel mondo islamico. Se in tale concezione teorica, la cui elaborazione è molto risalente, non può essere rinvenuto in sé il fondamento del terrorismo internazionale di matrice islamica contemporaneo, possiamo tuttavia osservare il tentativo ad opera dei gruppi radicali, di una riaffermazione sul piano internazionale di quell'elemento cardine dell'ordine shariatico che è per l'appunto la concezione della sovranità nella tradizione dell'Islām, alla quale è implicitamente legata, come abbiamo visto, l'applicazione del diritto islamico. Ragionando in astratto, data l'unanime condanna dell'intera comunità internazionale di quel terrorismo ufficialmente non chiamato "islamico", non potremmo tuttavia individuare nella ri-affermazione della concezione islamica della sovranità, un indizio di permanenza dell'ordine shariatico in diritto internazionale, in quanto si tratterebbe

[217] *Infra*, § 3.10.

piuttosto di una visione antagonista a un sistema di relazioni tra Stati fondato sul diritto internazionale quale lo conosciamo oggi.

1.18. *La teoria delle fonti e le scuole giuridiche*

Abbiamo già ripetutamente menzionato la *sharī'a* assimilando questo termine al diritto islamico. Se è vero che comunemente i due termini sono usati come sinonimi, il diritto islamico si fonda sulla *sharī'a* ma non la esaurisce. Il termine *sharī'a*, il cui significato etimologico è "via che conduce all'abbeveratoio", compare una sola volta nel Corano nel versetto XLV, 18 che recita: "Poi ti demmo una Legge per la Nostra Causa: seguila dunque, e non seguir le passioni di quelli che non sanno". Nel testo in Arabo, lingua nella quale Allah ha rivelato la Sua parola al Profeta Muḥammad, il termine che troviamo tradotto con "Legge" è per l'appunto *sharī'a*[218].

La *sharī'a* ha una dimensione omnicomprensiva, che riguarda tanto il foro esterno che il foro interno del credente, configurandosi quale guida di tipo morale per la condotta umana nel suo insieme. Dal principio del *tawḥīd*, il principio dell'unità e unicità di Dio, vero e proprio principio cardine dell'Islām, discende infatti che non vi possano essere distinzioni tra i diversi aspetti della vita umana, per cui la religione è inseparabile dalla sfera politica, economica e sociale del musulmano[219]. La *sharī'a*, in quanto legge divina «*implies that its tenets, principles and injunctions are determined independently of the will of the people. Good and evil, right and wrong and the moral and legal norms that the* Sharīʿah *upholds are determined, not by reference to the nature of things, nor by dictates of reason, but by God Almighty who alone has the prerogative to determine the moral, legal and religious values that the Muslims community must observe. In this sense, the* Sharīʿah *is the expression of the sovereign will and command of God. But since divine revelation has come to an end with the demise of the Prophet, the sovereign will of God, the supreme Legislator of the Muslim community, can only be ascertained and understood by reference to the Qur'ān and the Sunnah. The* ulamā' *are thus in agreement that, to all intents and purposes, sovereignty in the Muslim community belongs to the* Sharīʿah»[220]. La *sharī'a*, in senso proprio, è quindi diretta emanazione del volere divino e si fonda sul Corano e sulla tradizione del

[218] Corano, XLV, 18 e commento.
[219] [219] M. H. KAMALI, *Source, nature and objectives of Sharī'ah*, in: *The Islamic Quarterly*, Vol. XXXIII, 1989, p. 218.
[220] *Ivi*, p. 216-217.

Profeta, la Sunna, la quale spiega e chiarisce il significato del Corano[221]. Il termine che designa il diritto propriamente inteso è invece *fiqh*, che letteralmente significa "conoscenza", ossia la conoscenza delle regole di comportamento elaborate dai giuristi a partire dal Corano e dalla Sunna attraverso l'esercizio dell'*ijtihād*, il ragionamento individuale, inteso come sforzo interpretativo sulle fonti al fine di ricavarne delle norme giuridiche, operato dai *mujtahid*, coloro che nella fase di formazione del diritto islamico hanno potuto esercitare l'*ijtihād*[222]. La possibilità di ricorrere al ragionamento individuale per estrapolare le norme dalle fonti trova convalida in un *ḥadith* che riferisce che il Profeta, delegando Mu'ād ibn Jabal a rappresentarlo nello Yemen, gli abbia chiesto: "Come giudicherai tu le controversie che ti saranno sottoposte?" – "Secondo il Libro d'Iddio", rispose il compagno. "E se non troverai nulla nel Libro d'Iddio?" – "Allora giudicherò secondo quanto usa fare il suo Profeta" – "E se non troverai nulla neppure lì?" – "Allora mi sforzerò con il mio criterio". E il Profeta disse: "Ringrazio Iddio di avermi dato compagni come te"[223]. Troviamo enunciata in questo *ḥadith* quella che potremmo identificare come una "gerarchia delle fonti" del diritto islamico. Le fonti o radici del diritto sono definite *uṣūl al-fiqh*. La scienza degli *uṣūl al-fiqh* concerne tanto le fonti che l'ermeneutica delle fonti, quindi la metodologia giuridica da cui vengono tratte le norme del *fiqh*, il *corpus juris.* Lo studio degli *uṣūl al-fiqh* e degli istituti contenuti nel corpo del *fiqh*, sono nel sistema di diritto musulmano discipline distinte: *uṣūlī* è colui che si dedica allo studio dei primi, *faqīh* colui che studia il *fiqh.* Il *fiqh*, quale risultato dell'attività ermeneutica sulle fonti, è un diritto essenzialmente dottrinale; elaborato attraverso un'attività umana, si distingue dalla *sharī'a* che è di esclusiva emanazione divina[224].

Con riferimento alla tradizione sunnita, secondo la teoria classica il diritto musulmano si fonda su quattro *uṣūl*: il Corano, la sunna del Profeta, l'*ijmā'*, ossia il consenso dei dottori della Legge e il *qiyās*, il ragionamento per analogia[225].

Il Corano è per i musulmani la parola di Allah, conservata in eterno in un archetipo celeste (*umm al-kitāb*, la "madre del Libro")[226] e rivelata agli uomini per il tramite del

[221] *Ivi*, p. 217.
[222] M. H. KAMALI, *Shariʿah Law: An Introduction*, Oneworld Pubbl., Oxford, 2008, pp. 162-163.
[223] *Ivi*, pp. 25-26; D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita, cit.,* p. 32.
[224] M. H. KAMALI, *Principles of Islamic jurisprudence*, The Islamic Texts Society, Cambridge, UK, 1997, pp. 1-13; D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita, cit.,* p. 51-52.
[225] J. SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano*, Ed. della Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1995, p. 64, edizione originale: *An Introduction to Islamic Law*, Oxford University Press, Oxford, 1964.
[226] Corano, III, 7 e commento; XIII, 39.

Messaggero di Dio[227]. Il Libro si compone di 114 Sure, ossia capitoli, la cui esposizione non segue un ordine cronologico, ma esteriore. Ad eccezione della prima Sura, detta l'"Aprente" l'ordine è dato dalla lunghezza: dalla più lunga, alla più breve. Le sure a loro volta sono suddivise in versetti (*āyāt*); dei 6237 versetti di cui si compone il Corano, solo 600 circa sono versetti strettamente giuridici e le materie che regolano hanno attinenza col diritto di famiglia, le successioni, e in parte con il diritto penale[228]. Ciò spiega perché, ancor oggi, in quegli ordinamenti che si richiamano alla tradizione giuridica islamica il diritto di famiglia sia ancora prevalentemente fondato sul diritto musulmano classico[229].

Il secondo *uṣūl*, la Sunna, è dato dalla tradizione fatta risalire al Profeta, la cui vita è considerata modello esemplare per tutti musulmani. La Sunna è costituita dalla raccolta di singole relazioni (*ḥadīth*) che riferiscono quanto egli ha detto, fatto o le circostanze in cui ha taciuto. Essa chiarisce e integra la Legge rivelata nel Corano. L'autorità di ogni singola tradizione era fondata sulla catena di trasmissione o *isnād* delle testimonianze che l'avevano riferita e sull'integrità morale dei testimoni. Esistono diverse raccolte di *'aḥādīth*, tutte consolidatesi nella seconda metà del IX secolo. Tra queste le più autorevoli sono considerate il *Ṣaḥīḥ* di Al-Bukhari (m. 870) e il *Ṣaḥīḥ* di Muslim (m. 875)[230].

Le fonti scritturali sono integrate dall'*ijmā* che esprime il comune accordo dei giureconsulti di una data generazione su un punto di diritto. Tale consenso è ritenuto infallibile sulla base del già richiamato *ḥadīth* che recita "La mia comunità non si troverà mai d'accordo su di un errore", dove la comunità in tal caso è data da coloro che erano in grado di intendere rettamente la Legge. Attraverso l'*ijmā* venivano confermate e fissate le conclusioni che discendevano dall'esercizio dell'*ijtihād*[231]. Benché guidata dall'ispirazione divina, l'*ijmā* non può contraddire le prescrizioni esplicite del Corano e della Sunna[232].

Se Corano, Sunna, e *ijmā*, si fondano direttamente o indirettamente sull'infallibile ispirazione divina, il *qiyās* dipende invece da un criterio meramente umano.

---

[227] Corano, XLII, 51-52.
[228] Corano, XLV, 18 e commento; G. VERCELLIN, *Istituzioni del mondo musulmano*, *cit*., p. 273; D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita, cit.,* pp. 33-34 e nota n.4.
[229] *Infra*, § 3.22, nota 738.
[230] SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita, cit.,* pp. 35-40; N. J. COULSON, *Histoire du droit islamique*, *cit*., pp. 62-63.
[231] *Ivi*, pp. 75-77.
[232] M. H. KAMALI, *Principles of Islamic jurisprudence*, *cit*., p. 7.

All'insorgere di situazioni nuove non regolate sulla base delle prime tre fonti, era infatti necessario desumere la norma utile attraverso l'analogia con un caso retto da una norma certa, cui la situazione nuova potesse essere assimilabile o, in mancanza di questo, dedurre la nuova norma sulla base di un ragionamento sistematico sull'intero *corpus juris*, un metodo fondato sul *ra'y*, l'opinione personale[233].

L'attività di studio sulle fonti e di elaborazione del *fiqh* si svolse in origine attorno a dei centri nei quali si raccolsero spontaneamente i dottori della Legge. A partire dalla fine del secolo VIII, cominciarono a identificarsi dei gruppi che riconoscevano l'autorità dell'insegnamento di un maestro le cui teorie furono ritenute vincolanti al fine della successiva evoluzione dottrinale. Erano in questo modo poste le basi della formalizzazione delle scuole giuridiche (*madhhab*) e del *taqlīd*, la tradizione fondata sull'insegnamento di una scuola[234]. Delle varie scuole presenti nei primi secoli dell'Islām ne rimasero a partire dal XIV secolo solo quattro: hanafita, malikita, shafiita e hambalita. Quest'ultima, a differenza delle altre, non ebbe grande diffusione, ma è alla base del movimento rigorista wahhabita che si diffuse nella penisola arabica nel XVIII secolo e che prende il nome dal suo fondatore Muḥammad ibn 'Abd al-Wahhāb. La dottrina wahhabita fu abbracciata dai Saʿūd, da cui discente l'attuale dinastia regnante in Arabia Saudita[235].

In termini generali le scuole si distinguevano sulla base del livello di autorevolezza attribuito agli *uṣūl* non scritturali e dell'impiego di criteri ermeneutici sussidiari adottati da talune scuole oltre a quelli canonici[236]. Le differenze dottrinali che ne risultavano influivano sull'elaborazione del *fiqh*, ma cionondimeno le scuole si riconoscevano tutte reciprocamente quale espressione di aspetti diversi ma indissociabili della stessa unità[237].

Sugli *uṣūl al-fiqh*, le radici del diritto, si fondano i *furūʿ al-fiqh*, i "rami del diritto" vale a dire l'insieme degli istituti giuridici, la cui prima suddivisione è tra *'ibādāt*, ossia

[233] SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita, cit.,* p. 46; G. VERCELLIN, *Istituzioni del mondo musulmano*, *cit*., pp. 279-280.
[234] N. J. COULSON, *Histoire du droit islamique, cit.,* pp. 37-71.
[235] J. SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano*, *cit*., pp. 69-70.
[236] F.M. PAREJA, A. BAUSANI, L. HERTLING, *Islamologia*, *cit.,* pp. 399-403.
[237] N. J. COULSON, *Histoire du droit islamique, cit.,* p. 85; M. H. KAMALI, *Shariʿah Law: An Introduction*, *cit*., pp. 99-122.

le norme relative al culto e *muʿāmalāt*, le norme che regolano i rapporti che l'essere umano ha con i suoi simili[238].

Il processo di elaborazione dottrinale del diritto, una volta fissate le compilazioni canoniche della Sunna, stabilito il principio dell'infallibilità dell'*ijmā*, e avvenuto il consolidamento delle scuole giuridiche e della relativa dottrina, ha portato ad una progressiva erosione dello spazio lasciato all'*ijtihād*. Intorno al X secolo si ritenne che il sistema che si era costituito avesse raggiunto il suo massimo grado di compiutezza e, conseguentemente, venne negata la possibilità di apportare ulteriori contributi alla teorizzazione fino ad allora elaborata. Tal fenomeno è noto come chiusura della porta dell'*ijtihād*: l'elaborazione dottrinale del diritto non si sarebbe più potuta esercitare autonomamente sulle fonti, ma seguendo il principio del *taqlīd* ovvero secondo i canoni stabiliti dalle scuole giuridiche ortodosse[239].

Il *fiqh* presenta alcuni caratteri distintivi che derivano tutti dal suo carattere primo, ovvero quello di essere un diritto sacro. Si tratta quindi, in primo luogo, di un diritto confessionale in ragione del suo essere fondato sulla *sharīʿa*. Da ciò discende il carattere della personalità e quindi l'irrilevanza della territorialità. Sempre in ragione della sacralità, il *fiqh* non è un mero "codice" giuridico, ma un "codice" etico. Non è un diritto emanato da un'autorità politica secolare, in quanto promana da Dio: il potere legislativo è perciò sottratto all'autorità politica, la quale, nell'esercizio delle sue funzioni, ha il potere di regolare quei settori che hanno pertinenza con l'attività di governo e che non trovano regolamentazione nel corpo del diritto shariatico. Si tratta per lo più dei settori amministrativo, fiscale e in parte di diritto penale. Tale potestà, in sé denominata *siyāsa*, doveva essere svolta entro i limiti posti dalla *sharīʿa* e in conformità con la *sharīʿa*, da cui la denominazione di *siyāsa sharīʿya.*

Altro carattere del *fiqh* è quello dell'imperatività, anch'essa fondata sul legame tra *fiqh* e *sharīʿa*: l'osservanza del *fiqh* è al contempo obbligo religioso e giuridico.

La costruzione sulla base di una Rivelazione ritenuta definitiva ed eterna e la chiusura della porta dell'*ijtihād* hanno inoltre conferito al *fiqh* il carattere dell'immutabilità[240]. Tale carattere ha sostanzialmente determinato una cristallizzazione

---

[238] G. VERCELLIN, *Istituzioni del mondo musulmano*, *cit*., pp. 10-12; M. H. KAMALI, *Shariʿah Law: An Introduction*, *cit*., p. 42.
[239] J. SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano*, *cit*., pp. 73-79.
[240] F. CASTRO, *Diritto musulmano e dei Paesi musulmani,* in: *Enc. Giur. Treccani,* XI, Roma, 2001, p. 2; M. H. KAMALI, *Shariʿah Law: An Introduction*, *cit*., pp. 226-246; J. SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano*, *cit*., p. 58.

del sistema che si è protratta fino al XIX secolo, momento in cui, dopo un periodo di quasi totale immobilità, la riflessione maturata in seno al pensiero islamico si confrontava con la modernità, ovvero con una necessità di adattamento alla contemporaneità che richiedeva, nella visione modernista, un'evoluzione che investisse anche la scienza giuridica. L'esigenza di una siffatta evoluzione, non metteva in discussione la sacralità del diritto islamico, bensì la pretesa che un corpo di norme sviluppatosi in epoca medievale potesse mantenere pienamente la sua validità in un contesto sociale profondamente mutato dall'epoca delle sue origini[241]. I movimenti di riforma affermatisi a partire dal XIX secolo erano portatori di una riflessione molto vasta che toccava diversi aspetti della vita sociale e che muovevano dalla constatazione della decadenza in cui si trovava il mondo islamico, sia rispetto alla grandezza del passato, sia nel confronto con la vicina Europa, reso questo manifesto, per opinione concorde della storiografia tanto europea che mediorientale, dalla spedizione napoleonica in Egitto del 1798. In estrema sintesi, la reazione alla decadenza si è espressa, sotto un profilo teorico, lungo queste due linee di confronto: il pensiero tradizionalista guarderà al passato per riscoprire nelle proprie origini la forza del rinnovamento; il pensiero modernista, pur articolato all'interno di una riflessione islamica, sarà aperto all'influenza della tradizione europea, un'influenza che si manifesterà in campo legislativo dapprima nell'Impero ottomano, e che sotto il profilo politico-istituzionale, saldandosi con la dominazione di fatto delle potenze europee su larga parte dei territori islamici, porterà all'adozione di modelli costituzionali e alla costituzione degli Stati nazionali[242].

1.19. *Il diritto islamico nei sistemi ordinatori degli Stati di tradizione islamica. Prime osservazioni sui principi generali*

Il processo che nell'area di diritto islamico ha portato all'introduzione a vari livelli di norme di derivazione occidentale, non è in sé incompatibile con la concezione islamica del diritto, fintanto che tali norme non siano in contrasto con la *sharī'a.* Le riforme messe in atto in campo legislativo nell'Impero ottomano a partire dal 1839 che hanno

[241] J. SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano*, *cit*., p. 107.
[242] J. L. GELVIN, *Storia del Medio Oriente moderno*, Einaudi, Torino, 2009, pp. 155-186, titolo originale: *The Modern Middle East. A History*, Oxford University Press, Inc., New York, 2008; B. LEWIS, *La costruzione del Medio Oriente*, *cit*., 39-40; A. QURAISHI, *The Separation of Powers in the Tradition of Muslim Governments*, in: *Constitutionalism in Islamic Countries*, *cit*., p. 72.

portato all'adozione di diversi codici di derivazione europea[243] si possono iscrivere nel bilanciamento tra *fiqh-siyāsa sharī'ya* che caratterizza il sistema di diritto islamico e che non intacca quindi la concezione del diritto sacro. Nel dispiegarsi di questo processo va tuttavia segnalato che la rottura più eclatante con la tradizione non è segnata dall'introduzione di norme e di una metodologia giuridica attinte per lo più dai paesi europei, ma dall'introduzione di organi costituzionali deputati alla creazione della Legge, laddove nella tradizione il legislatore non poteva essere che Dio.

Nel tardo Impero ottomano, dove ha preso avvio il processo di riforma e di codificazione del diritto islamico[244], le fonti del diritto civile turco, scritto e non scritto, potevano essere sintetizzate come segue:

- Il *fihq*, ossia il diritto musulmano;
- le regole stabilite diversamente dai principi del *fiqh* nelle materie escluse dal suo ambito di applicazione e la cui regolamentazione era lasciata all'apprezzamento del "legislatore", o dagli usi;
- le interpretazioni date dalla Corte di cassazione, basate non tanto sulle concezioni del legislatore (secolare), bensì prendendo in considerazione i bisogni del contesto sociale al momento dell'applicazione della legge;
- le disposizioni tratte dalle diverse legislazioni occidentali[245].

Siamo in uno stadio intermedio in cui la parziale adozione di norme di derivazione europea risponde a quella che era avvertita come un'esigenza di modernizzazione del sistema. In altre realtà del mondo musulmano il diritto europeo sarà introdotto ad opera delle amministrazioni coloniali e consolidato poi dall'instaurazione dello Stato nazionale.

Superata la fase che abbiamo definito di rottura, la *sharī'a* permane nella sua dimensione di norma superiore che trae legittimazione direttamente dalla religione, esprimendo un insieme di valori e principi comuni che si collocano al di sopra dei singoli ordinamenti, a prescindere dalle regole statuali sulla produzione delle norme[246]. Esiste dunque il diritto dei singoli Stati, ma al contempo un comune riferimento ai valori shariatici variamente espresso nelle carte costituzionali e che sarà utile richiamare. Le previsioni giuridico formali presenti nei Testi fondamentali, sono infatti

[243] *Infra,* § 2.8.
[244] *Infra*, §3.22.
[245] EBULULA et A. SAMIN, *Le passage des sources anciennes aux nouvelles sources en droit privé turc*, *in Recueil d'études en l'honneur de Francois Gény*, vol. 1, Sirey, Paris, 1934, p. 126.
[246] A. PREDIERI, *Sharī'a e Costituzione*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 73.

la prima guida di carattere giuridico positivo per verificare la permanenza del diritto islamico nei sistemi ordinatori contemporanei e per poter qualificare quindi un ordinamento come tributario della tradizione giuridica islamica.

Consideriamo dunque a titolo esemplificativo i paesi dell'area del Maghreb, tenendo presente che nel momento in cui si scrive, taluni di essi stanno conoscendo un profondo processo di riorganizzazione istituzionale a seguito dei sommovimenti di ordine politico noti come "Primavera araba". I testi costituzionali considerati sono quelli vigenti. Esula dal presente lavoro una puntuale ricognizione del fenomeno costituzionale nei paesi arabo-musulmani e dunque una valutazione di quanto il referente islamico possa aver avuto mutevole rilievo nelle diverse fasi storiche successive alla decolonizzazione[247]. Lo stesso fenomeno costituzionale in sé non è del resto un fenomeno autoctono, ma è parte di un adeguamento a modelli istituzionali di matrice occidentale[248]. Ciò che rileva ai nostri fini è mettere in evidenza come, da un'analisi formale, il riferimento all'Islām sia presente nei testi fondamentali.

La costituzione dell'Algeria del 1996, rivista nel 2008, annovera nel Preambolo l'Islām tra le componenti fondamentali dell'identità nazionale. L'articolo 2 sancisce che l'Islām è la religione di Stato e tale disposizione, ai sensi dell'articolo 178, non può essere oggetto di revisione costituzionale. Ancora, l'articolo 9 dispone che le istituzioni si debbano astenere da pratiche contrarie alla morale islamica. Ai sensi dell'articolo 73 è richiesta l'appartenenza alla fede islamica per l'eleggibilità alla Presidenza della Repubblica. Tra gli organi consultivi, è istituito presso il Presidente della Repubblica un Alto Consiglio Islamico, che annovera tra le sue funzioni l'incoraggiamento e la promozione dell'*ijtihād* e l'emissione di pareri in merito alle prescrizioni religiose sulle questioni che gli sono sottoposte (art. 171)[249].

Il Preambolo della Costituzione del 2011 del Regno del Marocco, definisce lo Stato "Stato musulmano sovrano" che si impegna ad "approfondire il senso di appartenenza alla Umma arabo-islamica e a rafforzare i legami di fratellanza e di solidarietà con i suoi

---

[247] La supremazia della legge religiosa sulla legge statuale sancita costituzionalmente e con dei meccanismi di controllo di conformità della seconda alla prima era rara prima del 1970 e riguardava per lo più paesi privi di Costituzione come l'Arabia Saudita. Dal 1970 invece, una simile situazione si è generalizzata in numerosi paesi a maggioranza musulmana, cfr.: F. BORELLA, *Les incertitudes de l'État de droit ou le clair-obscur juridique*, in: *Le débat juridique au Maghreb. Études en l'honneur de Ahmed Mahiou*, Éd. Publisud-Iremam, Paris, 2009, pp. 215-226, p. 219.

[248] Y.B. ACHOUR, *Politique, Religion et Droit Dans le Monde Arabe*, Cérès, Tunis, 1992, pp. 130-134; N.J. BROWN, *Constitutions in a Nonconstitutional World*, State University of New York Press, New York, 2002.

[249] http://www.conseil-constitutionnel.dz/indexFR.htm

popoli fratelli". Ai sensi dell'articolo 3, l'Islām è la religione di Stato. Nella sua vita collettiva la nazione si affida a dalle costanti unificatrici, tra cui la religione musulmana moderata (art. 1). I partiti politici non possono avere lo scopo di recare oltraggio al credo islamico (art. 7) e i membri del Parlamento, nell'esercizio delle loro funzioni, non possono esprimere delle opinioni in contrasto con la religione musulmana (art. 64). Le disposizioni relative alla religione musulmana non possono essere oggetto di revisione costituzionale (art. 175). Il Re, definito *Amīr al-mu'minīn*, il comandante o la guida dei credeni, – titolo come abbiamo visto adottato per la prima volta dal secondo califfo ʿUmar – , veglia sul rispetto dell'Islām, e presiede il Consiglio superiore degli Ulema, solo organo deputato a pronunciare dei responsi di tipo religioso (*Fatwas*) che siano ufficialmente accreditati, sulla base dei principi, dei precetti e dei disegni tolleranti dell'Islām (art. 41)[250].

La Costituzione della Mauritania del 1991, rivista nel 2006 e nel 2012, proclama nel preambolo il suo attaccamento all'Islām e afferma l'attenzione verso la creazione di condizioni durature per un'evoluzione sociale armoniosa, rispettosa dei precetti dell'Islām, unica fonte di diritto e aperta alle esigenze del mondo moderno. L'articolo 1, primo comma, definisce la Mauritania una repubblica islamica e l'articolo 5 stabilisce che l'Islām è la religione del popolo e dello Stato. In base all'articolo 23 il Presidente della Repubblica è di religione musulmana. L'articolo 94 istituisce presso il Presidente della Repubblica un Alto Consiglio islamico che formula dei pareri su questioni su cui è consultato da parte del Presidente della Repubblica[251].

I sommovimenti politici che hanno attraversato la Tunisia a partire dal 2010 e che in varia misura si sono estesi ad altri Stati del Nord Africa e Medio Oriente, hanno condotto ad una nuova fase costituente e all'adozione nel 2014 di una nuova Costituzione che nel Preambolo richiama "la Rivoluzione della libertà e della dignità, Rivoluzione del 17 dicembre 2010 – 14 gennaio 2011". Sempre nel Preambolo è espresso l'attaccamento del popolo agli insegnamenti dell'Islām, viene definita un'identità araba e islamica, delineato l'obiettivo di consolidare l'appartenenza culturale e di civiltà alla Umma araba e islamica ed espressa la complementarietà con i popoli musulmani e africani. Secondo l'articolo 1, comma primo, la Tunisia è uno Stato libero, indipendente e sovrano, l'Islām è la sua religione, l'Arabo la sua lingua e la Repubblica

[250] http://www.amb-maroc.fr/constitution/Nouvelle_Constitution_%20Maroc2011.pdf.
[251] http://www.refworld.org/docid/3ae6b4f7f.html

il suo regime. Il secondo comma prevede che l'articolo non possa essere oggetto di revisione. Per diversi aspetti è di interesse l'articolo 6 che sancisce la libertà di religione nei seguenti termini: "(1) Lo Stato protegge la religione, garantisce la libertà di credo, di coscienza e il libero esercizio dei culti. Esso assicura la neutralità delle moschee e dei luoghi di culto rispetto ad ogni strumentalizzazione di parte. (2) Lo Stato si impegna a diffondere i valori di moderazione e di tolleranza e a proteggere il sacro e a impedire che vi sia arrecato pregiudizio. Si impegna ugualmente a proibire e a impedire le accuse di apostasia, così come l'incitamento all'odio e alla violenza e a porvi fine". Il termine impiegato nel testo in lingua araba per "apostasia" è *takfīr*. Se l'apostasia è lo stato di chi abbandona Islām, il *takfīr* è la pratica di dichiarare qualcuno un miscredente (*kāfir*) sulla base di criteri che possono essere arbitrari[252]. Se l'articolo 6 ha dei chiari riferimenti all'Islām, menzionando le moschee e la pratica del *takfīr*, l'affermazione della libertà di coscienza si presenta come un elemento di novità nel tradizionale quadro ideologico islamico. Ancora, l'articolo 39, secondo comma, prevede che lo Stato vigili affinché nelle giovani generazioni si consolidi un'identità araba e musulmana. Come già richiamato, ai sensi dell'articolo 71, primo comma, per l'eleggibilità alla Presidenza della Repubblica è richiesta l'appartenenza alla fede islamica. Il quadro istituzionale prevede inoltre la presenza di un Muftì[253], che viene nominato, ai sensi dell'articolo 78, dal Presidente della Repubblica e il cui rango e le cui prerogative sono equiparabili a quelle di un ministro[254].

Tra i Paesi del Maghreb, la Libia ha conosciuto una profonda crisi istituzionale e politica a seguito degli avvenimenti che hanno portato alla caduta del regime del Colonnello Muʿammar al-Qadhāfi nel 2011. Il 3 agosto 2011 è stata adottata una Dichiarazione costituzionale[255] il cui Preambolo richiama nel primo capoverso la fede nella Rivoluzione del 17 febbraio 2011. Il primo articolo della Dichiarazione sancisce che l'Islām è la religione dello Stato e che la principale fonte della legislazione è la

[252] K. HASHEMI, *Religious Legal Traditions, International Human Rights Law and Muslim States*, *cit*., p. 131; si veda *Infra,*§ 4.7, nota 824.
[253] G. VERCELLIN, *Istituzioni del mondo musulmano*, *cit*., pp. 305-307.
[254] Décret Présidentiel n. 2016-2 du 12 janvier 2016, portant nomination du Muftì de la République Tunisienne, articolo 1; la Costituzione tunisina è consultabile in:
http://www.legislation.tn/fr/constitution/la-constitution-de-la-r%C3%A9publique-tunisienne
[255] *Infra,* § 4.6, nota 792.

sharī'a islamica. L'Accordo politico siglato il 17 dicembre 2015[256] tra le diverse componenti politiche e sociali del paese[257] prevede l'avvio di una nuova fase costituente (articoli 47-52) e ai sensi dell'articolo 1 dell'annesso 4, esso diviene parte integrante della Dichiarazione costituzionale nel permanere della fase transitoria. L'Accordo enuncia una serie di principi che ne stanno alla base e che devono informarne l'attuazione e l'interpretazione. Tra questi, il principio n. 5 prevede l'impegno che la *sharī'a* islamica sia la fonte di tutta la legislazione e che tutto ciò che è in contraddizione con essa sia da ritenersi nullo e invalido. Il principio n. 7 afferma la condanna di tutte le forme di tirannia che hanno caratterizzato il precedente regime dal primo settembre 1969, alla vittoria della Rivoluzione del 17 Febbraio e l'impegno a prevenire che esse si possano ripetere. Ciò nonostante, data la transitorietà dell'attuale assetto politico-istituzionale libico, ai fini della nostra indagine riteniamo utile richiamare alcune previsioni dei testi fondamentali che hanno retto il Paese nella lunga fase precedente alla Rivoluzione del 17 febbraio.

Innanzi tutto la Grande Jamāhīriya Araba di Libia Popolare e Socialista non era dotata di una costituzione in senso proprio. La Dichiarazione Storica dell'Instaurazione del Potere del Popolo del 1977 dichiarava all'articolo 2 che il Corano era la Costituzione del Paese. L'ideologia ufficiale dello Stato era contenuta nel Libro Verde di Muʿammar al-Qathāfi. Nel capitolo intitolato "La Legge della Società", dove nel testo in Arabo il termine "legge" è dato da *sharī'a*, si affermava che "La legge naturale di ogni società è costituita dalla tradizione e dalla religione. Qualunque altro tentativo di scrivere una legge, per qualsivoglia società, al di fuori di queste due fonti, è invalido e illogico"[258]. Ancora, l'articolo 10 della Grande Carta Verde dei Diritti dell'Uomo dell'Era della Jamahiriya, affermava che "i membri della società della Jamahiriya, basano i loro giudizi su di una legge sacra: la religione o la consuetudine, le cui disposizioni sono stabili, immutabili e non possono essere sostituite"[259].

---

[256] Consultabile in: http://unsmil.unmissions.org/LinkClick.aspx?fileticket=miXuJYkQAQg%3d&tabid=3543&mid=6187&language=en-US. Ultima consultazione gennaio 2016.

[257] Per una sintesi sulla situazione libica si veda: *Report of the Secretary General on the United Nations Support Mission in Libya,* UN, S/2015/144 26 February 2015.

[258] M. AL-QATHAFI, *The Green Book*, World center for the study and research on Green Book 3rd Ed., Tripoli, 1999, p. 29.

[259] *La Grande Charte Verte des Droits de l'Homme de l'Ère Jamahirienne*, Le Congrès Général du Peuple de la Grande Jamahiriya Arabe Libyenne Populaire et Socialiste, Fait à Baida, le 28 Chawal 1397 du décès du Prophète, le 12 Assayf/juin 1988, Centre International d'Études et de Recherches du Livre Vert, Tripoli (data di pubblicazione non riportata).

Il riferimento costituzionale all'Islām, che questa seppur limitata ricognizione ha messo in evidenza, fa entrare a pieno titolo nel sistema giuridico non solo un insieme di principi e di valori di ordine religioso, ma opera un'apertura al diritto musulmano classico che finisce col rivelare un punto di fuga nella gerarchia delle fonti, i cui contorni non sono chiaramente delineati. Un simile riferimento è infatti alla base di ciò che può essere definito "culturalismo giudiziario": la soluzione che sarà data dal giudice al caso concreto, a prescindere dal testo legislativo, potrà essere quella che egli ritiene più in sintonia col diritto musulmano.

Gli Stati qui considerati hanno subito una predominante influenza della tradizione giuridica francese, sia in modo diretto che indiretto, come è il caso quest'ultimo della Libia, ma tale influenza non è limitata ai soli paesi del Maghreb. Per contro la tradizione francese, tra quelle dei paesi europei, non è la sola ad aver esercitato la sua influenza nel diritto degli Stati di tradizione islamica. Tale influenza secondo Yadh Ben Achour si è esercitata maggiormente in tre settori «*celui du droit civil, destiné aux nouveaux besoins de la société civile, de la tradition administrativiste destinée à l'État, et des principes de l'État de droit et du constitutionnalisme destinés à la contestation*. *Le domaine qui c'est toujours superbement tenu à l'abri des influences est celui du statut personnel*»[260]. Il diritto di famiglia infatti essendo regolato nei suoi tratti fondamentali da precetti coranici, è più strettamente legato al diritto tradizionale religioso. A questo settore del diritto sono quindi dedicati appositi codici. Già Clarence Wilfred Jenks in effetti, spostando qui il discorso sul piano del diritto internazionale, trattando dei principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili, considerava che i settori del diritto che differiscono maggiormente tra un sistema giuridico e l'altro e rispetto ai quali risulterebbe più arduo raggiungere un generale accordo di principio, sono quelli meno rilevanti per il futuro sviluppo del diritto internazionale. È incluso tra questi settori il diritto di famiglia, ritenuto di limitata importanza per il diritto internazionale pubblico e rilevante ai soli fini del diritto internazionale privato[261].

Il diritto di famiglia non è tuttavia il solo settore in cui si manifesta la permanenza del diritto musulmano classico. In termini generali, i codici di derivazione europea conservano anch'essi degli elementi di diritto musulmano. È il caso ad esempio del

[260] Y.B. ACHOUR, *Politique, Religion et Droit Dans le Monde Arabe,cit*., p. 146.
[261] C. WILFRED JENKS, *The common Law of Mankind, Stevens & Sons*, London, 1958, pp. 106-107.

cosiddetto *Code Santillana*[262], il Codice delle obbligazioni e dei contratti della Tunisia[263] da cui sono sostanzialmente tratti anche il Codice delle obbligazioni e dei contratti del Marocco e della Mauritania, e il Codice civile egiziano, conosciuto anche come Codice di Al-Sanhūrī dal nome del giurista che ne curò la redazione, un codice che ha avuto una notevole influenza in tutta l'area del Mashreq[264].

Nel *Code Santillana*, costruito attingendo alle fonti di diversi ordinamenti europei e al diritto musulmano[265] è realizzata una «*synthèse entre "le droit commun européen", le droit musulman et les coutumes tunisiennes*»[266].

I Codici civili degli Stati della regione mediorientale che hanno conosciuto l'influenza del Codice di Al-Sanhūrī, presentano diverse gradazioni nella permanenza del diritto musulmano classico[267]. Possiamo tuttavia isolare un tratto comune di tale permanenza che si rinviene anche nel Codice civile algerino[268], di per sé estraneo all'opera di Al-Sanhūrī. Partiamo dunque da quest'ultimo. L'articolo 1 stabilisce quanto segue:

"La legge disciplina tutte le materie alle quali si riferisce la lettera o lo spirito di una delle sue disposizioni.

In assenza di una disposizione di legge, il giudice si pronuncia *secondo i principi del diritto musulmano* e, in mancanza, secondo la consuetudine.

Il caso lo richiedesse, egli dovrà ricorrere al diritto naturale e alle regole dell'equità". Venendo quindi al Codice civile egiziano, leggiamo all'articolo 1:

"La legge disciplina tutte le materie alle quali si riferisce la lettera o lo spirito delle sue disposizioni.

---

[262] Il nome è dovuto al giurista italo-tunisino David Santillana che ha guidato la commissione incaricata di redigere il Codice.

[263] *Code des obligations et des contrats*, Décret du 15 décembre 1906, portant promulgation du code Tunisien des obligations et des contrats (J.O.R.T. n. 100 supplémentaire du 15 décembre 1906), Loi n. 2005-87 du 15 août 2005, portant approbations de la réorganisation de certains dispositions du "code des obligations et des contrats tunisien".

[264] Entrato in vigore il 15 ottobre 1949, il Codice civile egiziano è stato di cruciale importanza per diversi Paesi del Mashreq, l'Oriente arabo. È stato sostanzialmente adottato in Siria (1949) e in Libia (1953) ed è stato il principale riferimento per il Codice civile di Giordania (1976), dello Yemen (1979) e del Kuwait (1981); il Codice civile iracheno fu redatto dallo stesso Sanhūrī (1951), cfr.: G. BECHOR, *The Sanhuri code, and the emergence of modern Arab civil law (1932 to 1949)*, Brill, Leiden, 2007, p. 57.

[265] M. M. K. CHARFEDDINE, *Esquisse sur la méthode normative retenue dans l'élaboration du Code tunisien des obligations et des contrats*, in: *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 48, n. 2, Avril-juin 1996, pp. 431-433.

[266] *Ivi*, p. 437.

[267] N. SALEH, *Civil Codes of Arab Countries: the Sanhuri Codes*, in: *Arab Law Quarterly,* Vol. 8, Issue 2, 1993, pp. 161-167.

[268] Ordonnance n. 75-58 du 20 Ramadhan 1395 correspondant au 26 septembre 1975 portant code civil, modifiée et complétée.

In mancanza di una disposizione di legge applicabile, il giudice statuirà in base alla consuetudine e, in mancanza, *in base ai principi di diritto musulmano*. In assenza di tali principi il giudice farà ricorso al diritto naturale e alle regole dell'equità".

Di uguale tenore il primo articolo del codice civile iracheno del 1951, libico del 1961, del Kuwait del 1963, mentre il codice siriano del 1949, come quello algerino, colloca i principi di diritto musulmano in secondo ordine dopo la legge[269].

Va ricordato che il Codice civile turco adottato nel 1926 su modello del Codice civile svizzero del 1912, non porta nessun riferimento al diritto musulmano[270].

Anche con l'esclusione della Turchia, il blocco di Stati che abbiamo considerato può ritenersi sufficientemente rappresentativo del sistema di diritto musulmano, per lo meno per l'area sunnita che ne costituisce comunque la componente maggioritaria.

Il quadro normativo delineato, meramente di diritto interno, fa del diritto musulmano una fonte formale del diritto civile. Enunciati dopo la legge o dopo la legge e la consuetudine i principi di diritto musulmano sono chiamati a svolgere la funzione normalmente svolta dai principi generali, ossia quella di colmare il vuoto di legge. Come scrive Chafik Chehata «*Le silence de la loi est un phénomène patent, et tous les législateurs du monde ont prévu ce phénomène et ont essayé de lui trouver un remède. Dans certains pays, le juge est invité à faire appel aux principes généraux du droit ; dans d'autres, on lui impartit d'avoir recours aussitôt au droit naturel ou aux règles de l'équité. Ce dernier recours à été prévu dans les anciens codes civils égyptiens et il est maintenu dans le nouveau code. Mais dans ce dernier il constitue un dernier recours auquel le juge ne sera réduit qu'après avoir sollicité les "principes du droit musulman"*»[271].

Il fenomeno del silenzio della legge, seguendo Chehata, è considerato da tutti i legislatori del mondo, che, avendolo previsto, hanno cercato di trovarvi un rimedio. Anche il diritto internazionale non è estraneo a tale fenomeno. I principi generali di diritto in diritto internazionale, di cui tratteremo estesamente nel Capitolo III, svolgono la funzione di norme di chiusura del sistema, una funzione che è innanzi tutto rilevata a

[269] M. J. MOUSSERON, *La réception au Proche-Orient du droit français des obligations*, in: *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 20, n. 1, Janvier-mars 1968, pp. 39-40.
[270] U. ÖZSU, *"Receiving" the Swiss Civil Code: translating authority in early republican Turkey*, in: *International Journal of Law in Context*, Vol. 6, n. 1, March 2010, pp. 63-89.
[271] C. CHEHATA, *Les survivances musulmanes dans la codification du droit civil égyptien*, in: *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 17, n. 4, Octobre-décembre 1965, p. 852.

partire dagli ordinamenti interni[272]. Oltre agli esempi già considerati, relativi a sistemi giuridici tributari della tradizione giuridica islamica, possiamo citare l'articolo 12, comma 2 delle disposizioni preliminari al Codice civile italiano, secondo cui "Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo *i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*".

In diritto internazionale, seguendo la riflessione di Hersch Lauterpacht l'articolo 38.1 c) dello Statuto della Corte internazionale di giustizia ha elevato i "principi generali riconosciuti dalle nazioni civili" all'autorità di una delle tre principali fonti formali di diritto internazionale. Un'innovazione solo apparente per questo autore, dato che essa non avrebbe fatto che confermare la pratica precedente, da cui la sostanziale innovazione sarebbe stata data dall'affermazione del principio del divieto del *non liquet*. E questo in due modi. Sancendo la possibilità di ricorrere alle norme sostanziali presenti nell'esperienza giuridica dei popoli civili – non meglio identificati – è stata data la certezza che vi sarebbe sempre stata, se necessario, una regola o un principio di diritto utile per la soluzione giuridica di una controversia tra Stati sovrani. In secondo luogo, dato che il principio della completezza dell'ordinamento giuridico era da ritenersi un principio generale di diritto, la Corte avrebbe dovuto considerarlo parte della legge che doveva essere applicata[273].

Poco dopo la formalizzazione dei principi generali nello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale[274] Dioniso Anzilotti considerava che i principi di cui al n. 3 dell'articolo 38 «non sono, o almeno non sono soltanto, i principi dell'ordinamento giuridico internazionale; sono, in genere, i principi giuridici ammessi dai popoli civili, una specie, come fu ben detto, di novissimo *ius gentium* nel senso classico […]. In tal modo il giudice viene rinviato ad una fonte diversa dell'ordinamento giuridico internazionale, e propriamente a una fonte in senso

---

[272] F. SALERNO, *Principi generali di diritto* (*diritto internazionale),* Digesto pubbl., Vol. IX, IV ed., 1996, pp. 525-526; G. GAJA, *Principi del diritto (dir. Internazionale),* Enciclopedia del Diritto, XXV, 1986, pp. 533-534. Si veda anche la Dichiarazione di M. Fernandes nel corso di lavori preparatori per lo Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale: C.P.J.I., *Comité consultatif de Juristes, Procès-verbaux des Séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920 avec Annexes, La Haye*, 1920, 15ième séance, 3 juillet, Annexe No. 2, Déclaration de M. Fernandes, pp. 345-346.

[273] H. LAUTERPACHT, *Some Observations on the Prohibition of 'Non Liquet' and the Completeness of the Law*, in: *Symbolae Verzijl*, Martinus Nijhoff, La Haye, 1958, p. 205; si veda anche: J. STONE, Non liquet *and the function of law in the international community*, in: *The British Yearbook of International Law*, 1959, pp. 124-161.

[274] *Infra*, § 4.3.

materiale, che può soltanto fornirgli gli elementi per la formulazione della norma che applicherà nel caso concreto come norma di diritto internazionale: questa norma non esiste nell'ordinamento internazionale; è il giudice che la crea per il caso speciale e per esso soltanto (art. 59), seguendo certi criteri e in specie la generalità dei concetti di cui si vale […]. Quanto tutto ciò si adatti alle peculiari esigenze dei rapporti internazionali, è questione cui soltanto l'esperienza potrà dare adeguata risposta»[275].

Abbiamo verificato come il diritto musulmano continui a permeare gli ordinamenti degli Stati di tradizione islamica. Ora dobbiamo verificare quanto il diritto di tali ordinamenti abbia costituito una "fonte in senso materiale" al fine dell'elaborazione dei principi generali di diritto in diritto internazionale. Parafrasando Anzilotti cercheremo una risposta nell'esperienza, cercando però di risalire alle origini dell'esperienza che si è sviluppata dopo la formalizzazione dei principi generali di diritto nello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale.

[275] D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, Vol. I, Athenaeum, Roma, 1923, p. 64.

CAPITOLO SECONDO

DIRITTO INTERNAZIONALE E FENOMENO RELIGIOSO. VERA O PRESUNTA NEUTRALITÀ

Sezione Prima

L'ADOZIONE DI STANDARD GIURIDICI EUROPEI QUALE CONDIZIONE PER IL RICONOSCIMENTO DEGLI STATI IN DIRITTO INTERNAZIONALE

SOMMARIO: 2.1. Le origini della comunità internazionale. – 2.2. Una lunga storia: «*Quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit, vocatur ius gentium*». – 2.3. Eugène Cauchy: il diritto internazionale come capolavoro della civilizzazione cristiana. – 2.4. Popoli cristiani e nazioni civili: da Pasquale Fiore ad Antoine Pillet. – 2.5. *Segue*: L'Impero ottomano (una nazione civile islamica?), uno Stato islamico tra le Nazioni civili. – 2.6. Il regime delle capitolazioni e il sistema dei mandati. – 2.7. Le zone concentriche di James Lorimer. – 2.8. Le riforme legislative nell'Impero ottomano del XIX secolo, tra concerto europeo e Corano. – 2.9. Stati e civiltà. – 2.10. Adeguamento del diritto interno degli Stati non europei agli standard giuridici europei: il caso della Cina.

2.1 *Le origini della comunità internazionale*

Il diritto si colloca nella storia e per essere necessita dell'incontro tra soggetti. Il suo contenuto è determinato da questo incontro, esprime cioè una dimensione di relazione, che trasforma in sociale l'esperienza del singolo soggetto[276]. Come in ogni esperienza giuridica, anche nel diritto internazionale è dunque necessario definire quali siano i soggetti tra i quali si instaura una relazione, perché sarà da essi che dipenderà la definizione del contenuto del diritto.

È convenzione far risalire le origini della moderna società internazionale e del diritto internazionale ai Trattati di Westfalia del 1648[277]. La nascita della Comunità internazionale è tuttavia da considerarsi più risalente. La pace di Westfalia segna la maturazione di una coscienza normativa del sistema internazionale fondato

[276] P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2003, pp. 12-13.
[277] L. GROSS, *The Peace of Westphalia*, AJIL, 42, n. 1 (Jan. 1948), pp. 20-41.

sull'indipendenza e la parità dei soggetti[278]. I soggetti che si ponevano in relazione erano delle entità politiche indipendenti che non riconoscevano un ordine superiore (*superiorem non recognoscentes*). Il concetto di Stato proprio al diritto interno quale ente di governo che esercita il proprio potere su una determinata sfera territoriale e sociale, necessita per essere tale in diritto internazionale del requisito dell'indipendenza verso l'esterno.

La relazione alla base del diritto internazionale è una relazione di Stati e tra Stati che formano una comunità formalmente su base paritaria, fondata sui principi di reciprocità e di effettività. I caratteri costitutivi della comunità internazionale, caratteri che in via prevalente si conservano sino ad oggi, vengono definiti nel quadro di un processo storico che avviene in una specifica area geografica del globo, l'Europa. Assumere il sistema dei rapporti tra Stati europei alla base della comunità internazionale è operazione che si deve al fatto che la pretesa universalità dei valori e dei principi di cui era portatrice l'Europa, ha conosciuto un'espansione oltre i propri confini geografici e culturali, tale da inglobare il resto del mondo. Ciò non significa che nel tempo in cui si andava formando un sistema europeo di relazioni internazionali non esistessero altri sistemi giuridici che prevedevano delle regole per la gestione dei loro rapporti con l'esterno, ma che ciò che la storia e più in particolare la storia del diritto internazionale ci ha consegnato parte dall'esperienza europea[279]. Saranno dunque i soggetti che per primi sono stati parte della comunità internazionale a determinarne la costruzione giuridica.

Si tratta in origine di una comunità di genti cristiane e benché l'idea che la moderna comunità internazionale abbia trovato il suo punto di aggregazione in un dato di ordine religioso sia respinta con fermezza da taluni autori[280], troviamo significative indicazioni in tal senso nella dottrina e nella prassi, soprattutto nel periodo tra la seconda metà del XIX secolo e la prima metà del XX. Prima di passare a considerare alcune voci della dottrina di questo periodo, volgiamo però uno sguardo alle origini della costruzione teorica del diritto internazionale e in particolare, tra gli autori della dottrina classica del diritto internazionale, al decisivo contributo reso da Francisco de Vitoria, nella cui

---

[278] A. MIELE, *La comunità internazionale, I, I caratteri originari*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 9.
[279] I. BROWNLIE, *The expansion of international society: the consequences for the law of nations*, in: H. BULL, A. WATSON (Ed. by) *The expansion of international society*, Clarendon Press, Oxford, 1984, 357-369, p. 358.
[280] T. TREVES, *Diritto Internazionale, Problemi fondamentali*, *cit.,* pp. 17-19.

speculazione troveremo già alcuni degli elementi cardine che accompagneranno lo sviluppo della nostra analisi.

2.2. *Una lunga storia: «Quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit, vocatur ius gentium».*

De Indis, I, 3, 1

La riflessione di de Vitoria è determinata dalla necessità di dare una veste giuridica alla conquista delle Americhe da parte del Regno di Spagna[281]. Nel tempo in cui de Vitoria scrive si va affievolendo la sovraordinazione papale o imperiale sui potentati europei. De Vitoria prende atto di questa situazione stabilendo che né l'autorità papale, né quella imperiale hanno giurisdizione universale. Questo passaggio definisce un'entità nuova, quella di una *societas gentium*. L'intero mondo forma in un certo qual modo una *respublica* e il diritto delle genti non ha solo la forza che gli deriva dall'essere dato da un patto o dal consenso tra tutti gli uomini, ma ha vera forza di legge. L'intero mondo, costituendo una *respublica* ha il potere di emanare leggi giuste e applicabili a tutti e ciò costituisce il diritto delle genti. Nessuna nazione può scegliere di ignorare il diritto delle genti, perché avrebbe la sanzione dell'intero mondo[282].

Il passaggio dal diritto naturale al diritto delle genti è utile per definire sotto il profilo giuridico il rapporto che si va instaurando tra i potentati europei. Ma diritto naturale e diritto delle genti vengono attribuiti unilateralmente anche ai nativi d'America. La *gens* non cristiana viene dunque inserita in un quadro teorico che sarà funzionale alla successiva evoluzione del diritto internazionale. Da un lato vi sono le potenze cristiane e la dialettica ancora viva tra potere papale e potere temporale, dall'altro i barbari che divengono partecipi dello *ius gentium* fornendo l'elemento pratico e decisivo per una costruzione teorica dei rapporti internazionali. È pur vero che nella fase in cui de Vitoria scrive non è ancora matura l'idea di organizzazione internazionale, ma è significativo che il pretesto della speculazione dello studioso di Salamanca sia la conquista di territori di cui si discute se si tratti o meno di *res nullius*[283]. Le potenze non cristiane, non sottoposte ad alcuna autorità superiore, contigue territorialmente alla

[281] A. PAGDEN, J. JAWRANCE (Edt. by), *Vitoria, Political Writings*, Cambridge University Press, 1991.
[282] *De potestate civili*, 3.4, (*On civil power*), in: *Ivi*, p. 40.
[283] *Res Nullius* in un certo senso può essere considerata anche la popolazione in quanto non cristiana e, agli occhi degli europei, incivile e barbara e quindi suscettibile di essere "occupata" dalla religione cristiana. Nonostante la vocazione universale della chiesa cattolica, i musulmani in potenza conquistabili alla fede cristiana, non sono definiti né barbari, né incivili, ma infedeli.

cristianità e chiaramente esercitanti un potere politico su una sfera territoriale e su una popolazione, non sono considerate un soggetto utile alla costruzione dello *ius* finalizzato a regolare i rapporti tra le genti. Prima fra esse l'Impero Ottomano. Per de Vitoria il potere esercitato dai sovrani non cristiani è un potere legittimo[284] e non sarebbe stato legittimo sottrarre possedimenti di Saraceni, Ebrei, o di altri non credenti sulla sola base della loro assenza di credo[285]. A maggior ragione, grave sarebbe stato negare agli Indios, che mai fecero danno alla cristianità, i diritti riconosciuti a Saraceni ed Ebrei, considerati perenni nemici della religione cristiana[286]. Va notato che all'epoca esistevano regni retti da un governo musulmano, ma non regni retti da un governo ebraico.

Il contenuto dello *ius gentium* secondo de Vitoria comprendeva lo *ius peregrinandi*, che dava agli Spagnoli il diritto di accesso alle "Indie", lo *ius communicationis* che implicava il diritto di commerciare e lo *ius predicandi* che garantiva agli Spagnoli il diritto di diffondere la loro religione[287].

Quando nel citato passo del *De Potestate Civili* de Vitoria si riferisce a un *totus orbis*, questo mondo cosa può comprendere? I potentati dell'Europa cristiana, i potentati islamici e i barbari da poco scoperti. Lo *ius gentium* però potrà operare solo per i primi e gli ultimi.

La legittimità del governo del Turco o del Saraceno è riconosciuta[288]; a Musulmani ed Ebrei, così come ai popoli del nuovo continente, è riconosciuto il *dominium rerum*. Ma di certo lo *ius predicandi* non si sarebbe potuto esercitare in terra d'Islām dato il divieto gravante sui non musulmani, a partire da quelli sottoposti al dominio politico dell'Islām, di propagare fedi e credi contrari all'ideologia e alla religione dello Stato islamico[289].

---

[284] *De potestate civili*, 1.6 (*On civil Power*), in: A.PAGDEN, J. JAWRANCE, *Vitoria*, *Political Writings cit*., pp. 17-18

[285] *De Indis*, 1.3 (*On the american Indians*), in: *Ivi*, p. 244.

[286] *Ivi*, p. 251.

[287] A. PAGDEN, *Dispossessing the barbarians: the language of Spanish Thomism and the debate over the property rights of the America Indians*, in: A. PAGDEN (a cura di), *The languages of political theory in early-modern Europe*, Cambridge University Press, 1987, 79-98, pp. 86-87.

[288] Oltre all'Impero Ottomano devono essere ricordati i mai citati "governatorati" musulmani presenti nel territorio dell'attuale Regno del Marocco contigui a quella Grenada musulmana che aveva resistito sino al 1492 alla *reconquista* cristiana.

[289] Y. AL-QARADAWI, *Non Muslims in the Islamic society*, *cit*., p. 25. Il regime delle capitolazioni nell'Impero Ottomano, risalente al secolo XVI, richiede un discorso a parte. Benché esso si possa spiegare come estensione dell'istituto della *dhimma*, istituto tipico del diritto islamico il cui scopo è quello di dare protezione, a talune condizioni, alle comunità di non musulmani soggette a un governo islamico, i diritti che esso concedeva a individui che invece a un governo islamico non erano soggetti,

Fatta salva l'appartenenza alla comunità umana e quindi al dominio del diritto naturale, lo *ius gentium*, quale diritto reggente i rapporti tra enti sovrani indipendenti, definito dagli studiosi europei, resterà appannaggio della cultura giuridica europea. Con i potentati islamici formalmente l'unico rapporto considerato è quello bellico – posizione per altro reciproca – dato l'insanabile divario dovuto alla diversa appartenenza religiosa. Il Turco, ossia l'Islām, continuerà ad operare nei suoi rapporti esterni secondo le regole che gli erano proprie e solo molto più tardi, con il Trattato di Parigi del 1856, la Sublime Porta sarà ammessa a partecipare del Diritto pubblico europeo e del sistema di concerto ad esso attinente[290].

In sintesi, l'affrancamento *de facto* delle entità politiche europee dal potere sovraordinato del papa o dell'imperatore determina la necessità di individuare delle regole idonee a regolare i loro reciproci rapporti esterni; le conquiste spagnole nel continente americano portano ad affermare dei principi di ordine generale (*ius gentium*) applicabili ai rapporti tra i popoli; il mondo islamico sarà escluso dall'applicazione di questi principi; attraverso lo strumento molto poco teorico dello sterminio, le popolazioni delle Americhe saranno conquistate alla fede cristiana e a lungo resteranno nella sfera di influenza del c.d. mondo occidentale[291]. La civiltà islamica non rientra nel momento fondativo della dottrina classica del diritto internazionale.

Di qui ci spostiamo in avanti, nel XIX secolo, per considerare quanto l'appartenza religiosa sia stata elemento funzionale ed intrinseco nell'elaborazione dottrinale dei giuristi dell'epoca.

---

sarebbero stati considerati anomali alla luce dei principi di diritto internazionale riconosciuti. Si veda: L. ELLSWORTH THAYER, *The Capitulations of the Ottoman Empire and the Question of their Abrogation as it Affects the United States*, in AJIL, vol. 17, n. 2 (Apr., 1923), 207-233, p. 207.

[290] H. MCKINNON WOOD, *The Treaty of Paris and Turkey's Status in International Law*, AJIL, 1943, pp. 262-274.

[291] Dei 45 Stati firmatari del Patto della Società delle Nazioni nel 1920, solo 7 – senza contare Australia, Nuova Zelanda e Sudafrica – non fanno parte dell'Europa o del continente americano. Nell'articolo 21 del Patto si afferma che "Gli impegni internazionali, quali i trattati di arbitrato, e le intese regionali come la dottrina Monroe, che assicurano il mantenimento della pace, non saranno considerati come incompatibili con nessuna delle disposizioni del (presente) patto". Con la "riserva Monroe" veniva ribadito il mantenimento della sfera di influenza degli Stati Uniti in America Latina così come definita dalla dottrina cui essa si ispirava. La prima spartizione del continente americano risale al trattato di Tordesillas concluso tra Spagna e Portogallo nel 1494. Si vedano: H.RAUCHBERG, *Les obligations juridiques des membres de la Société des Nations pour le maintien de la paix*, RCADI, Vol. 37, 1931-IV, pp. 116-117; S. PLANAS-SUAREZ, *L'extension de la doctrine de Monroe en Amérique du Sud*, RCADI, Vol. 5, 1924-IV, pp. 267-366; P. GOTTSCHALK, *The earliest diplomatic documents on America: the papal bulls of 1493 and the treaty of Tordesillas reproduced and translated with historical introduction and explanatory notes*, Pubblicazione P. Gottschalk, Berlin, 1927.

2.3. *Eugène Cauchy: il diritto internazionale come capolavoro della civilizzazione cristiana*

Pare non lasciare dubbi l'*incipit* dell' "*avant-propos*" di un'opera di Eugène Cauchy del 1862 dedicata al diritto del mare[292]: «*Le droit international est une science toute moderne. C'est comme le couronnement et le chef-d'œuvre de la civilisation chrétienne*»[293]. E in effetti secondo questo autore, se è esistita un'epoca in cui il diritto civile romano era un po' alla volta divenuto «*le droit de gens de l'univers*», la base unificatrice sulla quale si fonderà il diritto internazionale moderno, è costituita dalla religione cristiana[294]. Specularmente si afferma che le origini e la storia del diritto internazionale hanno funto da base a quella che viene definita come la grande confederazione degli Stati cristiani[295]. Il fondamento del diritto internazionale ancora si rinviene in una legge di natura «*que Dieu lui-même a gravée dans le cœur de l'homme*» rispetto alla quale tutti i popoli stanno in una condizione di perfetta uguaglianza e sulla quale si basa la loro reciproca indipendenza; uguaglianza e indipendenza che derivano da «*nos théories chrétiennes*»[296].

Nel tracciare la storia del diritto internazionale marittimo, viene definito un affresco dell'espansione coloniale europea, mantenendo un parallelismo tra progresso generale della civiltà e progresso del diritto marittimo[297]. In tale evoluzione la presenza della tradizione islamica è a vario titolo segnalata, si considerino ad esempio la «*lutte engagée entre les disciples de l'Évangile et les sectateurs du Coran*»[298], o il fatto che pur avendo le forze musulmane prevalso sulle forze cristiane in alcuni episodi riconducibili alle crociate, il timore che delle forze nemiche "*si hardis*" si potessero ricompattare, aveva indotto i Musulmani ad accordare ai loro nemici, benché vinti, «*des capitulations acceptable*»[299]. Ancora, nonostante si fosse in epoca medievale, lo svolgersi della settima crociata ha permesso di dimostrare che per il diritto internazionale, i trattati, financo stipulati con i Saracenei, potevano essere uno

[292] E. CAUCHY, *Droit maritime international, considéré dans ses origines et dans ses rapports avec les progrès de la civilisation*, Vol. I, Guillaumin et C[ie], Libraires, Paris, 1862, Avant-propos pp. I-XIX.
[293] *Ivi*, Avant-propos, p. I.
[294] *Ivi*, pp. 207-208.
[295] *Ivi*, Avant-propos, p. V.
[296] *Ivi*, Avant-propos, p. VI-VII.
[297] *Ivi*, p. 247.
[298] *Ivi*, p. 241.
[299] *Ivi*, p. 242.

strumento per raggiungere degli scopi al pari della conquista[300]. L'eredità delle crociate in cui l'Europa si era levata come un unico corpo per combattere gli infedeli, avrà comunque dei riscontri positivi nella misura in cui i trattati conclusi con le "*nations musulmanes*" avevano permesso, una volta terminate le ostilità, di agevolare la ripresa dei commerci tra città mercantili dell'Occidente e potenze musulmane[301], posta però «*la véritable force des sociétés chrétiennes, et leur évidente supériorité sur tous les peuples que n'a pas encore éclairés la lumière de l'Évangile*»[302]. Sarà questo spirito, nell'intendimento di Cauchy, a guidare due secoli più tardi l'espansione europea oltre Atlantico, mossa tra l'altro dalla speranza di conquistare nuovi popoli alla fede cristiana e fatalmente condotta da quei popoli europei che, avendo combattuto i Mori sul loro proprio territorio, avevano conservato l'ardente zelo e il proselitismo cristiano delle crociate[303]. Sarà Venezia infine a costituire l'ultimo baluardo a difesa della cristianità contro l'invadenza islamica[304], raggiungendo il suo apogeo nella vittoria di Lepanto del 1571, dove a trionfare secondo Cauchy non fu semplicemente la Lega Santa sulla flotta ottomana, ma la stessa causa della civilizzazione del mondo[305]. Dopo la riforma protestante, sull'unità e identità religiose degli Stati europei, cominciò a prevalere l'opportunismo politico e l'Impero ottomano iniziò ad esser visto in modo funzionale al mantenimento degli equilibri politici europei[306].

Ciò che emerge è che se una potenza musulmana è chiaramente identificata e come tale riconosciuta (*puissance musulmane*, *nations musulmanes*[307]), questa è esclusa dall'analisi della prassi che ha concorso alla formazione del diritto internazionale e poi più in particolare del diritto internazionale marittimo. Una prassi che rimane di e tra Stati cristiani, eventualmente distinti tra Stati continentali e Stati marittimi[308]. Citando una proposta degli Stati Uniti del 1856 in merito alla sottrazione dalla confisca della proprietà privata "*navigant sur mer*", essa viene considerata un espediente per mascherare un rifiuto ad aderire «*à des principes acceptés par tous les peuples*

[300] *Ivi*, p. 243.
[301] *Ivi*, p. 247.
[302] *Ivi*, p. 246.
[303] *Ivi*, pp. 374-375.
[304] *Ivi*, p. 485.
[305] *Ivi*, p. 487.
[306] *Ivi*, p. 488.
[307] *Ivi*, pp. 245 e 247.
[308] *Ivi*, Avant-propos, pp. VII-IX.

chrétiens»[309]. Dei principi che, benché in generale affermati per l'appunto "in principio", trovano diversa applicazione in base ai soggetti coinvolti. Illuminante in tal senso è la rappresentazione che l'autore dà, da un lato della ritrovata indipendenza della Grecia nel 1830, dopo quattrocento anni di dominazione ottomana e dall'altro dell'avvio della coeva colonizzazione francese in Algeria.

Il primo punto si snoda su una situazione di fondo, descritta come intollerabile per le cancellerie europee, che vedeva il dominio musulmano su popolazioni cristiane sia in territorio geograficamente europeo che sulle coste occidentali dell'Asia. Un rapporto in cui figurano un popolo oppressore – l'Impero ottomano ormai in declino – e un popolo oppresso, quello delle «*chrétientés souffrantes de l'Orient*». La Grecia, che era riuscita ad affrancarsi dal dominio ottomano anche grazie alla protezione ricevuta dall'Europa cristiana, aveva potuto «*replanter sur l'acropole d'Athènes l'étendard sacré de la croix*». La liberazione dall'oppressore islamico si era potuta compiere, seguendo l'analisi di Cauchy, anche perché laddove scorre la linfa della cristianità questa può trovare in sé stessa la forza per acquisire un nuovo vigore, diversamente da quanto sarebbe accaduto all'Islām che «*frappé d'impuissance, cherche en vain, dans des emprunts faits à la civilisation de l'Évangile, des principes étrangers à sa nature et qui accélèrent sa dissolution en ayant l'air de l'arrêter*»[310]. Dobbiamo considerare con attenzione il riferimento a dei "prestiti" che il mondo islamico avrebbe attinto dalla tradizione del cristianesimo perché, benché l'autore non ne parli, considerato il periodo, si tratta con ogni probabilità del grande processo di riforma legislativa messo in atto dall'Impero ottomano la cui espressione massima, anche per il significato di rottura rispetto alla tradizione del diritto islamico, fu la promulgazione della *Majalla* di poco successiva all'epoca in cui scriveva Cauchy[311]. I "prestiti" riguarderebbero perciò delle norme giuridiche formatesi in Europa o, mantenendo un'adesione ai termini dell'autore che stiamo considerando, in seno alla civiltà del Vangelo e che perciò rimarrebbero dei principi estranei alla natura stessa dell'Impero ottomano.

Venendo all'Algeria, la conquista di questo territorio è progredita gradualmente ad opera di una Francia descritta come «*Prudente dans sa conduite et ferme dans son droit*», che ha portato avanti una nobile impresa ammantata di spirito civilizzatore e

[309] *Ivi*, Avant-propos, p. XVI.
[310] E. CAUCHY, *Droit maritime international, considéré dans ses origines et dans ses rapports avec les progrès de la civilisation*, Vol. II, Guillaumin et C[ie], Libraires, Paris, 1862, p. 372-373.
[311] *Supra,* § 1.8, nota 80.

cristiano, su delle terre che già furono dei Cartaginesi e poi base per i Veneziani e i Genovesi[312], un'impresa dalla quale ci si poteva attendere che il germe della cristianità ritornasse su quelle lande dove Sant'Agostino aveva predicato e dove aveva trovato la morte San Luigi[313]. Vediamo che non viene menzionata la dominazione turca, né vi è riferimento all'appartenenza religiosa islamica delle popolazioni conquistate, come se dall'epoca di Cartagine, a parte la presenza europea, vi fosse stato un vuoto storico. Tale vuoto in realtà viene chiarito poco oltre laddove si parla di una terra d'Africa asservita e spopolata a seguito dell'invasione musulmana[314], ma già per due volte civilizzata in passato da Cartaginesi e Romani e quindi ancora di fronte alla rinascita di una nuova civiltà le cui componenti, nella loro interezza, dovevano provenire dall'Europa[315].

La definizione del rapporto popolo oppresso-popolo oppressore che non era incardinata in un quadro di diritto positivo, si spiegava con la mera considerazione dell'appartenenza ad un credo religioso, col risultato che il solo ordine possibile dei termini del binomio era dato da popolo cristiano oppresso-popolo musulmano oppressore e giammai il contrario, visto che comunque il farsi della storia del diritto internazionale e del diritto internazionale marittimo è illustrata dal solo punto di vista delle potenze europee o comunque cristiane, le sole ad esser considerate ai fini del concorso alla costruzione delle norme di diritto internazionale, le sole, nella prospettiva giusnaturalistica del tempo a poter definire la legge del giusto e dell'ingiusto.

2.4. *Popoli cristiani e nazioni civili: da Pasquale Fiore ad Antoine Pillet*

Raccogliamo alcune brevi considerazioni di Pasquale Fiore, dello stesso periodo e di stesso argomento. Scrive Fiore nel 1865 che «il cristianesimo fu il vero principio del progresso civile umanitario ed il fatto più solenne che stabilì le basi dei rapporti internazionali», così come varie vicende inerenti alla Chiesa sono considerate i «grandi mezzi di preparazione dei popoli cristiani per riconoscere e costituire fra loro un diritto comune internazionale»[316]. Queste affermazioni possono ascriversi a una constatazione di carattere storico che non si spinge a considerazioni in merito a come quel diritto

[312] *Ivi*, p. 366.
[313] *Ivi*, p. 458.
[314] La conquista araba della regione di Ifrīqiya, che comprendeva anche la parte nord orientale dell'odierna Algeria ebbe inizio alla fine del VII secolo.
[315] E. CAUCHY, *Droit maritime international, cit.*, Vol. II, p. 458.
[316] P. FIORE, *Nuovo diritto internazionale pubblico, Secondo i bisogni della civiltà moderna*, Casa editrice Autori-Editori, Milano, 1865, p. 13.

internazionale comune ai popoli cristiani potesse operare in rapporto a popoli che cristiani non erano. Su questo punto invece è di interesse seguire l'analisi svolta da Antoine Pillet[317] che precede di poco la fase in cui il dominio coloniale avrebbe raggiunto il suo apogeo[318].

Dopo aver definito il campo disciplinare del diritto internazionale, distinguendolo dal diritto interno degli Stati e dal diritto comune dell'umanità[319], Pillet si chiede tra quali Stati il diritto internazionale operi. L'idea di un'applicazione di tale diritto alle soli genti cristiane è ritenuta superata a favore della concezione di un diritto proprio delle genti europee, nonostante si osservi che il diritto internazionale formatosi nei rapporti tra popoli legati alla fede cristiana non si applicasse in quei tempi, in tutta la sua pienezza e nella reciprocità tipica della sua natura, che tra quegli stessi popoli. Era del resto comprensibile, secondo questo autore, che tra nazioni che si riconoscevano in dogmi religiosi identici o molto simili, si formassero delle idee comuni di giustizia che rendevano possibile il riconoscimento di un insieme di diritti e di doveri reciproci. Anche la nozione di un diritto internazionale europeo e non più di genti cristiane viene però messa in discussione. L'idea che una legge comune non potesse essere ben compresa né seguita che tra popoli giunti a un identico livello di civiltà, conduceva in prima istanza alla configurazione di un diritto internazionale operante tra i soli Stati europei, ma al tempo in cui si era giunti non vi era più alcuna ragione per cui le due Americhe non potessero essere considerate parte della comunità internazionale. Si doveva allora parlare di un diritto internazionale europeo e americano. Un'apertura veniva fatta verso il Giappone che si riteneva stesse superando rapidamente le tappe della civiltà[320]. È evidente che la nozione di civiltà viene applicata nella sua pienezza ai soli popoli e nazioni la cui cultura è radicata nel cristianesimo.

---

[317] A. PILLET, *Le droit International Public. Ses éléments constitutifs, son domaine, son objet*, in: RGDIP, t. 1, 1894, pp. 1-32.
[318] B. ETEMAT, *Possessing the world. Taking the measurements of colonisation from the eighteenth to the twentieth century*, Berghahn Books, New York-Oxford, 2007, pp. 165-187; W. REINHARD, *Storia del colonialismo*, Einaudi, Torino, 2002.
[319] A.PILLET, *Le droit International Public, cit.,* pp. 1-23.
[320] *Ivi*, p. 24. Sul Giappone: P.AKAMATSU, *Meiji 1868: revolution and counter-revolution in Japan*, Allen and Unwin Ltd, London, 1972; *Infra,*§ 3.8, nota 494.

2.5. *Segue: L'Impero ottomano (una nazione civile islamica?), uno Stato islamico tra le Nazioni civili*

Nella cornice concettuale che abbiamo descritto, un discorso a parte è dedicato all'Impero ottomano. Partiamo dal diritto comune dell'umanità definito da Pillet come il diritto che si applica ai rapporti degli esseri umani tra loro, siano essi appartenenti a popoli molto civilizzati o popoli meno civilizzati. Si tratta di un diritto che per Pillet è posto ad un livello superiore sia al diritto nazionale che al diritto internazionale: questi due ordini devono conformarsi ai suoi precetti[321]. È agevole riconoscere nel diritto comune dell'umanità un riferimento al diritto naturale. Tuttavia l'autore offre un esempio del modo in cui opera il diritto comune dell'umanità, che colloca la sua pretesa universalità di applicazione ai rapporti tra tutti gli esseri umani in una dimensione europea e cristiana, ovvero universalizza la concezione europea dei rapporti sociali, seguendo una linea di ragionamento che già abbiamo visto essersi delineata più di due secoli prima nel pensiero di Grozio. Nel campo delle relazioni internazionali, scrive Pillet, la supremazia del diritto comune dell'umanità, induce a scartare decisamente anche i principi più certi del diritto internazionale. E l'esempio portato riguarda l'Europa che «*n'est jamais restée sourde aux réclamations des sujets chrétiens de la Porte*». Nonostante si riconosca che gli interventi condotti potessero avere nella maggior parte dei casi delle ragioni di ordine politico «*le choix de cette raison ou de ce prétexte d'intervention ne prouve-t-il pas péremptoirement que, dans l'opinion commune, la protection des droits primordiaux de l'homme est une fonction sacrée et que ne doit pas arrêter même la considération de l'indépendance respective des État ?*»[322]. Il diritto comune dell'umanità sancisce pertanto un diritto di ingerenza negli affari interni di altri Stati quando siano in gioco degli interessi europei. Le norme di diritto internazionale restano perciò valevoli solo nei rapporti tra Stati europei, ossia gli Stati cristiani, così come la protezione dei diritti primordiali dell'uomo, definita "funzione sacra", si esplica nei confronti dell'uomo europeo e cristiano.

Venendo al diritto internazionale, la Sublime Porta è nondimeno inclusa tra le potenze europee[323], ma la linea di faglia dell'appartenenza religiosa continua ad operare

[321] A.PILLET, *Le droit International Public, cit.*, p.19.
[322] *Ivi*, pp. 19-20.
[323] *Ivi*, p. 26.

tra quello che ora viene definito Occidente e un indistinto Oriente[324]. Evocati i tratti del regime delle capitolazioni, la plurisecolare ingerenza dei vicini Europei negli affari interni del Turco è assunta a prova della sua debolezza e della sua rudimentale organizzazione, elementi senza i quali gli Stati cristiani non avrebbero avuto pretesto per mettere in atto certe pratiche[325]. Ovvero: l'ingerenza trova legittimazione nel diritto comune dell'umanità, ma se l'organizzazione interna dello Stato ottomano non fosse stata così inefficiente gli Stati cristiani non avrebbero avuto facile pretesto nel porla in atto.

Nel fare queste affermazioni l'autore dimostra di ignorare completamente il fondamento "costituzionale" che il regime delle capitolazioni ha nel sistema di diritto musulmano. Non di supina accettazione di un'indebita ingerenza straniera negli affari interni dello Stato si trattava, bensì di obbedienza a precisi precetti coranici che impongono che i non musulmani in terra d'Islām, limitatamente a quei gruppi che appartengono a una religione rivelata, regolino i loro rapporti in base alla loro legge. Data l'origine pattizia – accordo tra il governo e le comunità non islamiche – delle libertà accordate dal governo islamico ai non musulmani ad esso soggetti, nel caso di cristiani non soggetti al governo islamico, il regime di protezione è stato esteso attraverso lo strumento del trattato con lo Stato di appartenenza, il primo dei quali risalente al 1535[326]. Esemplifichiamo questi aspetti ricorrendo alla voce di George Young: «*Le caractère religieux de la loi islamique et des tribunaux musulmans de l'ancien régime de l'Empire, qui a fait naître certaines immunités de juridiction pour les sujets ottomans chrétiens, devait à plus forte raison créer un régime exceptionnel pour les étrangers. Les immunités de juridiction des étrangers ainsi basées sur le principe de la "personnalité" des lois, ont été consacrées par les Capitulations et*

[324] *Ivi*, p. 25; E.W. SAYD, *Orientalismo*, Feltrinelli, Milano, 2007, pp. 56-78, ed. originale: *Orientalism,* Pantheon Books, New York, 1978.
[325] A.PILLET, *Le droit International Public, cit.,* p. 26.
[326] Corano V, 42 ss. e IX,29. Sul regime delle capitolazioni: G. PÉLISSIÉ DU RAUSAS, *Le régime des Capitulations dans l'Empire Ottoman*, A. Rousseau, Paris, 1905; G. NORADOUNGHIAN, *Recueil d'actes internationaux de l'Empire Ottoman*, t. 1, Cotillon, Pichon, Paris, 1897, p. VI e pp. 29-30; A. RECHID, *Condition des étrangers dans la République de la Turquie*, RCADI, Vol. 46, 1933- IV, p.171**.** La rilevanza del trattamento riservato ai non musulmani nell'ordine costituzionale islamico, si può evincere dalla Dichiarazione costituzionale del 3 agosto 2011che ha retto lo Stato libico dopo la "caduta" del colonnello Gheddafi. L'articolo 1, dopo aver affermato, come già abbiamo visto, che l'Islām è la religione di Stato e la Sharia islamica la fonte principale della legislazione, afferma che lo Stato garantisce ai non musulmani la libertà di seguire i loro rituali religiosi.

développées par la jurisprudence aussi bien que par l'usage reçu»[327]. Sul piano meramente interno «*Les sujets ottomans non-musulmans sont réunis en Communautés religieuses, dont l'existence officielle est reconnue par le Gouvernement Ottoman*». Ogni comunità era retta da un capo spirituale che doveva ricevere l'approvazione del Governo e nel caso di comunità religiose il cui capo fosse stato all'estero, com'era per le comunità che si riconoscevano nella Chiesa di Roma, queste dovevano essere rappresentate da un capo residente nell'Impero, poiché «*le Gouvernement a toujour refusé de traiter avec des autorités étrangères les questions d'administration intériure tant spirituelles que civiles*»[328]. Emerge distintamente in questo passaggio, che nella prospettiva del Governo ottomano ogni ingerenza straniera nei propri affari interni era respinta e che il regime delle capitolazioni non si poteva configurare come ingerenza, bensì come un'estensione agli stranieri di un regime di protezione per i non-musulmani previsto dal diritto musulmano, quindi dallo stesso diritto interno dell'Impero ottomano.

Simili valutazioni sono però estranee all'analisi svolta da Pillet. L'esistenza del regime delle capitolazioni, che rispetto ai suoi caratteri originari ha comunque conosciuto degli abusi, è secondo l'autore parte di un fenomeno che obbedisce a una precisa legge sociale: quando una nazione è entrata nel commercio internazionale, è interesse dell'intera comunità internazionale che essa adempia alle funzioni che derivano dall'assunzione di questo ruolo; se ciò non accade per mancanza di volontà o di forza, spetterà a dei terzi adempiervi in sua vece nei limiti del loro interesse. Il diritto internazionale dunque, nella pienezza dei suoi effetti e nei suoi caratteri di uguaglianza, reciprocità e di rispetto per la libertà di ciascuno «*ne recevra application qu'entre nations conscientes de leurs devoirs sociaux et assez bien organisées pour pouvoir les accomplir, donc entre nations arrivées au degré supériur de la civilisation*»[329].

---

[327] G. YOUNG, *Corps du droit Ottoman*, *Vol I, Titre XV*, *"Privilèges judicaires des étrangers. Principes généraux"*, Clarendon Press, Oxford, 1905, p. 251.

[328] G. YOUNG, *Corps du droit Ottoman*, *Vol II, Titre XXI, "Cultes, Privilèges judiciaires des communautés non-musulmanes",* Clarendon Press, Oxford, 1905, p. 1. I titoli dal XXI al XXIX del volume, dedicati al "*Droit des communautés privilégiées*", offrono un catalogo dei culti professati nel territorio dell'Impero ottomano.

[329] A. PILLET, *Le droit International Public, cit*., p. 26. Significativamente qui troviamo delle marcate similitudini con quanto Bismarck dichiarò nella seduta d'apertura della Conferenza di Berlino del 1884: «*Pour qu'une occupation soit considérée comme effective, il est, de plus, à desirer que l'acquéreur manifeste, dans un délai raisonnable, par des institutions positives, la volonté et le pouvoir d'y exercer ses droits et de remplir les devoirs qui en résultent*», Protocole n. 1 du 15 novembre 1884, Archives du ministère français des affaires étrangères, *Mémoires et documents, Afrique*, t. 108.

2.6. *Il regime delle capitolazioni e il sistema dei mandati*

Senza un esplicito richiamo a un determinato livello di civiltà ritroveremo più tardi in Georges Scelle un discorso che, muovendo dall'idea della funzione che una nazione è chiamata a svolgere in seno alla comunità internazionale, non spiegherà più l'"ingerenza" del regime delle capitolazioni, bensì il sistema dei mandati il quale, negli ex territori dell'Impero Ottomano e più in generale nel Medio Oriente, si salderà col regime delle capitolazioni[330]. Scelle pone infatti una distinzione tra «*Egalité juridique et spécialisation fonctionelle*» degli Stati. L'uguaglianza giuridica degli Stati perderebbe ogni significato se considerata secondo la prospettiva dell'organizzazione istituzionale della società internazionale. Tra le diverse categorie di governi è infatti necessario distinguere, secondo Scelle, quelli che sono in grado di adempiere a talune funzioni da quelli che non lo sono, perché non tutti i governi hanno «*derrière eux les mêmes forces sociales, n'incarnent pas les mêmes aptitudes, et dès lors on ne peut leur confier indifféremment les mêmes fonctions».* Da questo tipo di constatazioni deriva la conseguenza che «*les grandes Puissances ont toujours joué un rôle prédominant, et en possèdent encore un dans le système soi-disant égalitaire et respectueux de la souveraineté qu'est le système de la Société des Nations […]. C'est pourquoi également le système des mandats considère certaines Puissances coloniales comme ayant une vocation particulière à fournir les autorités mandataires*»[331].

Non troviamo nelle parole di Scelle un riferimento a un'idea di civiltà, perché quest'idea era ormai già stata formalizzata nel Patto della Società delle Nazioni. L'articolo 22 del Patto, con cui è istituito il sistema dei mandati, parla infatti di territori non più soggetti alla sovranità di Stati che li governavano in precedenza e che erano "abitati da popoli non ancora capaci di governarsi da soli" il cui benessere e sviluppo formavano una "missione sacra di civilizzazione" (par. 1), che per essere realizzata richiedeva che tali popoli fossero posti sotto la tutela delle nazioni sviluppate (par. 2). Il mandato avrebbe comunque dovuto avere dei caratteri diversi in base al livello di

[330] R. YOUNG, *Recent American Policy Concerning The Capitulations in the States of the Middle East*, AJIL, Vol. 42, N. 2 (Apr., 1948), pp. 418-423. Il territorio dell'Impero ottomano e i territori dell'area del Medio Oriente non sono i soli in ambiente islamico ad aver conosciuto il regime delle capitolazioni; le considerazioni di ordine giuridico alla base di tale pratica, sotto l'angolo prospettico del diritto islamico, debbono ritenersi valide per l'insieme delle entità di governo che si richiamano alla tradizione dell'Islām. Sul punto si veda anche: P.E.J. BOMLI, *Le Maroc et le Régime des Capitulations*, in: *Symbolae Verzijl*, Martinus Nijhoff, La Haye, 1958, p. 88.

[331] G. SCELLE, *Règles générales du droit de la paix*, RCADI, Vol. 46, 1933-IV, pp. 429-430.

sviluppo dei popoli che vi erano soggetti (par. 3). In una scala decrescente al cui apice sono collocate talune comunità già facenti parte dell'Impero Ottomano (par. 4), senza però che sia specificato quali esse siano, vengono quindi considerati i popoli dell'Africa centrale (par. 5) e quelli del Sud-Ovest africano e delle isole del Pacifico australe (par. 6). Il termine "comunità" è impiegato solo per definire le popolazioni già soggette al governo dell'Impero ottomano, che si riteneva avessero raggiunto un livello di sviluppo tale che la loro esistenza come nazioni indipendenti poteva essere riconosciuta provvisoriamente, a condizione che fino al momento in cui fossero state in grado di reggersi autonomamente, i consigli e l'aiuto di un Mandatario avessero retto la loro amministrazione, tenendo conto delle aspirazioni delle comunità che vi erano soggette (par. 4). I popoli dell'Africa centrale dovevano essere posti sotto diretta amministrazione dell'autorità mandataria che avrebbe dovuto rispettarne la libertà di coscienza e di religione e che avrebbe dovuto impedire che gli indigeni sviluppassero un'autonoma organizzazione militare. A tutti i membri della Società delle Nazioni dovevano essere garantite eguali condizioni per l'esercizio degli scambi e del commercio (par. 5). Infine i territori del Sud-Ovest africano e delle isole del Pacifico australe si conveniva fossero amministrati sulla base delle leggi del Mandatario in quanto parti integranti del suo territorio (par. 6)[332].

Come abbiamo visto, per Pillet il diritto internazionale poteva essere applicato solo nei rapporti tra quelle nazioni che avevano raggiunto un livello superiore di civiltà. I rapporti tra queste e i popoli privi di un'organizzazione regolare e costante e perciò nemmeno rientranti nel novero delle nazioni, potevano essere retti solo dal diritto comune dell'umanità[333]. Vediamo che nel sistema dei mandati, istituito venticinque anni più tardi rispetto al tempo in cui scriveva Pillet, per i popoli che si riteneva non avessero raggiunto un sufficiente livello di sviluppo, il diritto comune dell'umanità è assorbito entro la giurisdizione esclusiva dello Stato mandatario, ossia, il Mandato è sì uno strumento di diritto internazionale, ma nel caso dei rapporti con i popoli considerati meno avanzati esso sortisce l'effetto di negare a questi ultimi ogni relazione che sia retta dal diritto internazionale, con la riserva però di talune garanzie previste dall'articolo 22 del Patto della Società delle Nazioni nell'interesse della popolazione indigena, garanzie

[332] *Pacte de la Société des Nations,* in *Traité de Versailles, 1919*, Librairie Militaire Berger-Levrault, Nancy-Paris-Strasbourg, 1919, p. 12 ss.
[333] A. PILLET, *Le droit International Public, cit*., p. 26.

che obbligavano il Mandatario ad alcune direttrici che potevano collocarsi nel diritto comune dell'umanità.

I caratteri che troviamo nelle altre forme di mandato previste dall'articolo 22 del Patto richiamano ancora l'analisi svolta da Pillet, secondo il quale tra Stati pienamente civilizzati e Stati semi-civilizzati, non poteva esserci che un riconoscimento parziale dei primi sui secondi, ai quali era assicurata l'esistenza – si consideri qui la previsione del paragrafo 4 dell'articolo 22 – e «*leur vocation au développement intérieur et au commerce international sanctionnée*»[334]. Su questo punto non solo ritroviamo specularmente la previsione dell'articolo 22 paragrafo 5, secondo cui "a tutti i membri della Società delle Nazioni dovevano essere garantite eguali condizioni per l'esercizio degli scambi e del commercio", ma risalendo a qualche secolo prima ritroviamo in questa disposizione, in un'ideale linea di continuità, parte di quel nucleo, lo *ius communicationis*, che per Francisco de Vitoria costituiva lo *ius gentium*.

Per Pillet dunque gli Stati civili non potevano accordare agli Stati che erano solo parzialmente civili, tutto il rispetto dovuto ai loro eguali in cultura. Queste asimmetrie sono sintetizzate in «*une inégalité dans les droits respectifs de ces deux nations, une prééminence de l'une sur l'autre, une dose différente de liberté de part de d'autre*» che è lo stesso autore a definire «*regrettables*» dal punto di vista di un diritto ideale – evidentemente il principio in discussione è quello dell'eguaglianza giuridica degli Stati – ma tali disparità sono nondimeno considerate «*logiques et nécessaires tant que leur situation intérieure restera respectivement la même*»[335]. È dunque la dimensione interna, la misura del riconoscimento accordato allo Stato in diritto internazionale ed è l'Impero ottomano che ancora viene assunto a caso paradigmatico, questa volta a sostegno di una dimostrazione della discrasia esistente tra dato di realtà e modello ideale: ammesso solennemente a far parte del concerto delle nazioni europee col Trattato di Parigi del 1856[336], a quasi quarant'anni da quella data, secondo questa opinione, nulla era cambiato rispetto alla situazione precedente. La conclusione che ne veniva tratta era che non vi fosse un unico diritto internazionale pubblico, perché questo era inesorabilmente destinato ad assumere forme diverse in ragione della coscienza che i popoli avevano della loro missione nel sistema di relazioni internazionali e della loro

[334] *Ivi*, p. 27.
[335] *Ivi.*
[336] *Infra,* § 2.18.

volontà di adempiervi[337]. Qui è impiegato il termine "popoli" e non "Stati" anche se è chiaro che la coscienza della loro missione e la correlata volontà di adempiervi rinvia non solo ad un ideale sviluppo dei popoli verso *la* civiltà, ma investe primariamente l'organizzazione dello Stato e le sue norme interne. L'adeguamento a degli standard europei nella sfera del diritto interno emerge dunque in filigrana, quale condizione prima per un riconoscimento pieno e non solo parziale dello Stato in diritto internazionale.

2.7. *Le zone concentriche di James Lorimer*

In Pillet è evidente l'influenza che su di lui ebbe il pensiero di James Lorimer[338]. Ne *The Institutes of the Law of Nations: A Treatise of the Jural Relations of Separate Political Communities*[339], Lorimer divide l'umanità in tre zone concentriche o sfere: «*that of civilized humanity, that of barbarous humanity, and that of savage humanity*». A queste tre sfere fa corrispondere un diverso grado di riconoscimento nel sistema di relazioni internazionali: pieno riconoscimento politico nel primo caso, parziale nel secondo e naturale o meramente umano nel terzo. Sono inclusi nel primo gruppo gli Stati europei e le loro dipendenze coloniali nella misura in cui esse fossero popolate da europei per nascita o per discendenza e gli Stati del Nord e del Sud America; nel secondo la Turchia – allora Impero ottomano – nella sua estensione europea e asiatica e gli Stati asiatici non soggetti a dominio europeo come la Persia, la Cina, Siam e il Giappone; tutto il resto dell'umanità era infine incluso nel terzo gruppo.

È solo entro la prima sfera che viene definito il campo disciplinare dello studioso di diritto internazionale. Visto però che il progresso giuridico consisteva anche in una graduale espansione delle relazioni tra le diverse sfere considerate, egli sarebbe stato in continuo contatto con le sfere più esterne e avrebbe dovuto prendere in considerazione le relazioni in cui le comunità civili erano poste in rapporto con quelle parzialmente civili. Il che tuttavia non significava applicare il diritto internazionale positivo a barbari o selvaggi, ma verificare quanto a barbari e selvaggi corrispondesse effettivamente l'ambito di un riconoscimento parziale.

---

[337] A. PILLET, *Le droit International Public, cit*., p. 27.
[338] Tra i membri fondatori dell'*Institut de Droit International* e esponente della scuola del diritto naturale.
[339] J. LORIMER, *The Institutes of the Law of Nations: A Treatise of the Jural Relations of Separate Political Communities*, W. Blackwood and sons, Edinburgh,1883-1884.

Per quanto riguarda i Turchi, Lorimer considera un'esperienza amara le conseguenze dell'aver esteso i diritti di civiltà a dei «*barbarians who have proved to be incapable of performing its duties, and who possibly do not even belong to the progressive races of mankind*»[340], mentre dimostra ottimismo nelle possibilità del Giappone di essere ammesso entro la prima sfera, ovvero al pieno riconoscimento, entro i vent'anni a venire.

Nonostante anche tra gli Stati inclusi nella prima sfera Lorimer ritenesse che il riconoscimento potesse avere una diversa gradazione in ragione della potenza dello Stato e conseguentemente dei diritti che ad essa erano collegati, il riconoscimento è ritenuto la premessa prima del diritto internazionale positivo, quando questo sia stabilito come un sistema logico[341].

Puntualizzato ciò, in un capitolo intitolato "*Of religious creeds which exclude the presumption of reciprocal will*", Lorimer ammette che fino ad allora il pieno riconoscimento politico era stato ottenuto solo tra nazioni cristiane[342].

Il credo religioso nella misura in cui influenza l'organizzazione politica e il diritto di una società diviene dunque una discriminante ai fini del riconoscimento.

Rispetto ai Musulmani è prospettata una possibilità di cambiamento qualora essi, pur nel rigetto degli insegnamenti dogmatici della Cristianità, ne avessero adottato i precetti etici, o ancora nell'ipotesi della venuta di un altro profeta, più grande di Muḥammad, portatore di una rivelazione contenente un sistema etico in grado di colmare il divario che separava il mondo islamico dal resto dell'umanità[343].

Una simile ipotesi è in palese contrasto con uno dei principali "dogmi" dell'Islām. La professione di fede (*shahāda*), ovvero il primo obbligo giuridico-religioso di ogni musulmano, ora come dall'avvento dell'Islām, recita infatti: "Non esiste altro Dio al di fuori di Dio e Muḥammad è il Suo messaggero"[344]. Sperare nell'avvento di un altro

---

[340] *Ivi*, pp. 101-102. Il termine "*race*" è ripreso da Lorimer quando descrive "*the good qualities*" della popolazione turca anche se in contrasto con "*the Christian races amongst whom they live*". Buone qualità dei ceti popolari a parte, il giudizio sui Turchi resta però irrimediabilmente negativo al punto che «*there is probably no other instance of a people that has been so long in contact with civilisation without producing one single individual who has been distinguished in any intellectual pursuit. The art of war is the only art that they seem capable of acquiring, and even in it their success is the result of courage rather than of skill. The subordinate positions into which they are rapidly sinking, seems to be that for which nature has designed them*», J. LORIMER, p. 102, nota 1.

[341] *Ivi*, p. 103.

[342] *Ivi,* p. 113.

[343] *Ivi,* p. 120.

[344] A. VENTURA, *L'Islam sunnita nel periodo classico (VII-XVI secolo),* in: G. FILORAMO (a cura di), *Islam*, Laterza, Bari, 2003, pp. 120-121.

profeta, significava negare il fondamento stesso della religione islamica, e non riconoscere o misconoscerne il sistema giuridico.

2.8. *Le riforme legislative nell'Impero ottomano del XIX secolo, tra concerto europeo e Corano*

Nel corso del XIX secolo, nel periodo compreso tra il 1839 e il 1876, l'Impero ottomano aveva messo in atto un programma di riforme in campo legislativo noto con il nome di *Tanzimat*. Furono adottati un Codice commerciale, un Codice penale, un Codice di procedura civile e un Codice marittimo e del commercio essenzialmente modellati sul diritto francese. Furono istituiti dei tribunali secolari e il diritto civile ottomano di rito *hanafita* fu codificato in una compilazione nota come *Majalla* o *Mejelle*[345]. L'adozione di un diritto di stampo europeo si estese quindi nei vari domini dell'Impero ottomano. Il diritto di famiglia rimaneva però sottratto a questa influenza e la *Majalla* in quanto trasposizione del diritto musulmano nella forma di un codice, offre nella sezione II delle disposizioni preliminari un catalogo di quelli che possiamo definire i principi generali di diritto fissati dalla tradizione hanafita[346].

Nonostante queste riforme, Lorimer ritiene i Turchi incapaci di uno sviluppo politico in grado di condurre all'adozione di un governo di tipo costituzionale. I testi costituzionali adottati dall'Impero ottomano nel 1856 e nel 1876[347], anche qualora fossero stati dotati di effettività – cosa che viene negata – non avrebbero mutato il carattere internazionale del Paese. Il Corano infatti, ancora, si sarebbe posto tra esse e il resto del mondo contraddicendo ogni previsione costituzionale recante una statuizione diversa. Parlare del riconoscimento degli Stati islamici come di una questione di tempo, per Lorimer era semplicemente un non senso[348]. Fintanto che la religione islamica fosse durata, una riconciliazione dei suoi aderenti con il resto dell'umanità, sarebbe rimasto un problema senza soluzione[349].

---

[345] N. J. COULSON, *Histoire du droit islamique*, *cit*., p. 147 ss.; G. YOUNG, *Corps du droit Ottoman*, *Vol VI, Titre CXIII, Code civil ottoman,* Clarendon Press, Oxford, 1906, pp. 169 ss.; C. CHEHATA, *Les survivances musulmanes dans la codification du droit civil égyptien*, *cit*., pp. 841-842.
[346] G. YOUNG, *Corps du droit Ottoman*, *Vol. VI: Code civil ottoman*, Clarendon Press, Oxford, 1906, pp. 178-185; *Infra*, § 3.17.
[347] Lorimer parla di "*constitutions*" promulgate nel 1856 e nel 1876. Il testo del 1856 è l'*Islahat Fermani* che può esser considerato un documento avente natura costituzionale; la prima Costituzione ottomana in senso proprio è tuttavia la Costituzione del 23 dicembre1876, M.CARDUCCI, B. BERNARDINI D'ARNESANO, *Turchia*, *cit*., pp. 46-48.
[348] J. LORIMER, *The Institutes of the Law of Nations*, *cit*., p. 123.
[349] *Ivi*, p. 124.

Nonostante il Trattato di Parigi del 1856, è evidente che nel pensiero di questo autore il mondo islamico, in quello che all'epoca ne costituiva l'entità politica più rappresentativa, non era pienamente ammesso nella comunità internazionale. Le nazioni civili non riconoscevano il suo diritto interno, i giudizi delle sue corti, così come quelli degli altri paesi ritenuti semibarbari, a riconoscimento parziale: la Cina e il Giappone[350].

Il diritto internazionale, secondo questa prospettiva, rimaneva dunque un diritto di e tra genti cristiane, ossia i popoli civili.

2.9. *Stati e civiltà*

Nelle voci della dottrina che abbiamo considerato, vediamo che in merito al riconoscimento di uno Stato in diritto internazionale, al di fuori, per citare Lorimer, della prima sfera, vi sono dei nomi ricorrenti che identificano delle entità politiche ben definite – l'Impero ottomano, la Cina, il Giappone e pochi altri – mentre, esclusi questi casi, si parla indistintamente di "territori" o di "popoli". Un'analoga impostazione, come abbiamo visto, la ritroveremo anche nel sistema dei mandati istituito con il Patto della Società delle Nazioni.

Seguendo l'analisi svolta da Samuel Huntington, nel suo noto *The Clash of Civilizations*[351] senza volerne abbracciare la tesi di fondo, raccogliamo però la suddivisione in civiltà nel mondo contemporaneo, che il politologo americano traccia a livello globale, individuando una civiltà sinica, una giapponese, una islamica, una indù, una africana e una occidentale suddivisa quest'ultima nei tre principali rami europeo, nordamericano e latinoamericano. L'America Latina si caratterizzerebbe però per un'identità distinta da quella propriamente occidentale e si configurerebbe quindi come civiltà a sé stante. In tutti i casi, basilare elemento che qualifica la civiltà, è secondo Huntington la religione[352].

È di interesse osservare che nella dottrina ottocentesca, fuori dalle potenze occidentali, comunque identificate con la cristianità, le altre entità politiche che sono identificate con un nome corrispondano a quelle che sono altresì individuate come civiltà: la Cina, il Giappone e l'Impero ottomano al quale inequivocabilmente è

[350] *Ivi*, p. 239.
[351] S. P. HUNTINGTON, *The Clash of Civilizations and the remaking of World Order,* Simon & Scuster, New York, 1996, trad. It.: S. P. HUNTINGTON, *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, Garzanti, Milano, 2000.
[352] *Ivi*, (trad. it), pp. 51-55.

attribuita un'identità islamica[353]. Cerchiamo dunque di evidenziare taluni aspetti che segnalano il tipo di riconoscimento attribuito nell'ambito delle relazioni internazionali a uno degli Stati considerati "barbari" o a riconoscimento parziale, la Cina, che è insieme Stato e civiltà, spingendoci oltre la soglia del XIX secolo e cogliendo quali siano gli elementi di divergenza e di corrispondenza in rapporto alle criticità che abbiamo visto essere segnalate rispetto ad un riconoscimento pieno dell'Impero ottomano nella comunità delle Nazioni.

2.10. *Adeguamento del diritto interno degli Stati non europei agli standard giuridici europei: il caso della Cina*

Già sul finire dell'ottocento si è parlato per la Cina della creazione di una "semi colonia" giacché le Grandi Potenze rispetto ad un territorio così vasto e di così *antiche tradizioni*, all'ipotesi di un'amministrazione diretta, preferirono la soluzione del controllo indiretto[354].

Nel caso della Denuncia del Trattato sino-belga del 2 novembre 1865 portato innanzi alla Corte permanente di giustizia internazionale, la Corte dispone tramite Ordinanza, che fino a che essa non si fosse pronunciata in via definitiva, fossero adottate talune misure conservative. Tra queste era incluso il diritto per le persone fisiche e giuridiche di nazionalità belga, che fossero parte di un procedimento legale innanzi alle autorità cinesi, di essere giudicate «*par les cours modernes, d'après les codes modernes (cours et codes visés par le délégué de Chine dans sa déclaration du 25 novembre 1921 devant la Commission du Pacifique et de l'Extrême-Orient de la Conférence du désarmement, de Washington et indiqués dans le Rapport susmentionné de la Commission de l'exterritorialité en Chine), avec le droit d'appel, d'accord avec la procédure légale régulière et avec l'assistance d'avocats et interprètes de leur choix, dûment agréés par lesdites cours*»[355]. La Corte indica cioè ad uno Stato non europeo quale dovesse essere il diritto applicabile in una controversia interna in cui la nazionalità di una delle parti fosse quella di uno Stato europeo. Non un diritto straniero, beninteso, ma un diritto nazionale "riformato" secondo certi parametri. Nella Risoluzione V su "L'extraterritorialità in

[353] La civiltà islamica nell'esposizione di Huntington consta di più componenti: araba, turca, persiana e malaysiana (S. P. HUNTINGTON, *cit.*, p. 52), ma si tratta di distinguo che in questa fase sfuggono o non sono considerati dall'analisi giuridica.
[354] P. VILLANI, *Trionfo e crollo del predominio europeo*, Il Mulino, Bologna, 1983, p. 132, p. 134.
[355] C.P.J.I., *Affaire relative à la dénonciation du traité sino-belge du 2 novembre 1865*, Ordonnances des 8 janvier, 15 février et 18 juin 1927, 8 janvier 1927 Dossier E. c. IX., Série A- N. 8, p. 8.

Cina", adottata nell'ambito della Conferenza sul disarmo di Washington il 10 dicembre 1921, sono citati una serie di trattati tra la Cina e alcune potenze straniere con cui queste si impegnano ad assistere il Governo cinese in un processo di riforma della sua organizzazione giudiziaria, da esso stesso voluto, che avrebbe dovuto "*mettre en harmonie*" la normativa cinese con quella delle nazioni occidentali. Tra le potenze straniere considerate vi è anche il Giappone, che benché non sia un paese occidentale aveva già da tempo avviato un processo di riforma del suo sistema giuridico.

La riforma del diritto interno è considerata dalle potenze occidentali la condizione *sine qua non* per rinunciare ai diritti extraterritoriali di cui godevano in Cina, rinuncia che avrebbe fatto seguito a delle valutazioni unilaterali sullo stato della legislazione cinese. Al fine di poter meglio valutare il reale stato della situazione del diritto in Cina, la Risoluzione V prevedeva l'istituzione di un'apposita Commissione, i cui lavori di fatto si conclusero con un Rapporto nel 1926[356].

In una nota del 24 giugno 1925, inviata dal Governo cinese ai rappresentanti a Pechino delle Potenze firmatarie del Trattato di Washington si affermava che «*there should be a readjustment of China's treaty relations with foreign Powers to bring them more in line with the generally accepted conceptions of international justice and equity and more in conformity with existing conditions in China*» e ancora «*the Chinese Government was encouraged to hope for a definite improvement of her international status and was happily assured by these Powers that they would do all that rests with them to ensure China would enjoy in her international relations the position and regard due to a great country. Great therefore must be the disappointment to her people when after the great war had been won and the common cause achieved, her own international status remain unimproved and is, in some respects even inferior to that of the defeated nations*, *for in none of them do we find the existence of extraterritorial courts, foreign concessions, leased territories and an externally imposed conventional tarif*»[357].

---

[356] Il testo della Risoluzione V è consultabile in: C.P.J.I., *Affaire relative à la dénonciation du traité sino-belge du novembre 1865*, *Mémoire*, Série C, 16/1, p. 45; per l'esito del lavoro della Commissione: *Report of the Commission on Extraterritoriality in China*, Peking, September 16, 1926**,** U.S. Government Printing Office, 1926; *Summary and Recommendations of the Report of the Commission on Extraterritoriality in China*, AJIL, Vol. 21, No. 3, Supplement: Official Documents (Jul., 1927) pp. 58-66.

[357] In: C.P.J.I., *Affaire relative à la dénonciation du traité sino-belge du novembre 1865*, *Mémoire*, Série C, 16/1, pp. 47-48; R. HIAO-HI OUANG, G. SCELLE (Préface), *Essai sur le régime des capitulations en Chine*, Sirey, Paris, 1933.

Il caso e le vicende riportati sono degli anni venti del secolo scorso, la Cina è membro a pieno titolo della Società delle Nazioni, ma ciò nonostante lamenta che il suo status nel sistema di relazioni internazionali non sia migliorato, siamo cioè innanzi a un riconoscimento parziale da parte delle altre Potenze dell'epoca, un non pieno riconoscimento imputabile, come nel caso dell'Impero ottomano, al diritto interno che deve essere "armonizzato" col diritto degli Stati occidentali affinché si possa addivenire ad un riconoscimento pieno, ovvero affinché le Potenze straniere possano rinunciare ai loro diritti di extraterritorialità. Posti alcuni distinguo di ordine temporale – l'Impero ottomano già non esiste più – c'è da chiedersi allora come mai la dottrina, come vedremo anche più avanti, manifesti un particolare accanimento nel sottolineare l'arretratezza dell'Impero ottomano, ammesso malgrado tutto a far parte del concerto europeo. Un motivo forse risiede proprio nel più volte richiamato Trattato di Parigi del 1856, che pone su di un piano di parità con gli altri Stati parte del Trattato, uno Stato che oltre a non essere tradizionalmente considerato uno Stato europeo è uno Stato non cristiano. La differenza di religione con la civiltà europea, che pure esiste, non emerge però rispetto alla Cina la quale per altro non ha mai insidiato i territori europei. Vedremo nella parte che segue, come un fattore di ordine religioso giocherà un ruolo di primo rilievo nelle relazioni internazionali del XX secolo che coinvolgono i territori già soggetti alla giurisdizione dell'Impero ottomano.

Sezione Seconda

IL PRINCIPIO DI NEUTRLITÀ IN DIRITTO INTERNAZIONALE E IN DIRITTO INTERNO

SOMMARIO: 2.11. Il fattore religioso: cristianità, monoteismi e altre tradizioni spirituali. – 2.12. Dal mandato britannico sulla Palestina alla costituzione dello Stato di Israele. – 2.13. La neutralità del diritto internazionale rispetto al fenomeno religioso. – 2.14. L'idea manciniana di Nazione. – 2.15. Il limite della concezione neutra del diritto internazionale: la storicizzazione della Terra promessa. – 2.16. La neutralità è cristiana. – 2.17. *Segue*: la concezione neutrale del diritto interno.

2.11. *Il fattore religioso: cristianità, monoteismi e altre tradizioni spirituali*

Lorimer già aveva abbozzato una distinzione tra religioni non cristiane confliggenti o meno con la cristianità[358] e in particolare sulla Cina, ricorrendo a una citazione da tale Professor Flint, ebbe a esprimersi sostenendo che «*There is probably non a single moral precept in the Christian Scriptures which is not substantially also in the Chinese classics*»[359]. Ciò nonostante rimaneva aperta la questione di comprendere se un simile sistema avesse all'epoca acquisito dei risultati sul piano politico e giuridico, tali da poter includere le entità politiche che si riconoscevano in tali credi, nella categoria degli Stati[360]. Evidentemente, per quanto abbiamo visto, la risposta da dare è negativa.

Le religioni più problematiche rispetto al rapporto con la cristianità, fatalmente sono le religioni semitiche[361], ovvero gli altri due monoteismi, l'Ebraismo e l'Islām. Gli insegnamenti profetici su cui l'Ebraismo si fonda non sono messi in discussione, tuttavia è solo con la venuta di Cristo che «*the ethical element became prominent*» e non aver accettato questa dottrina è per Lorimer la ragione «*of the alien character which everywhere belongs to them*»[362](agli Ebrei). In questo caso il problema del riconoscimento di uno Stato non si pone, nonostante Lorimer affidi ad una nota la considerazione quasi "profetica" secondo cui «*The restoration of the Jews to Palestine*

[358] J. LORIMER, *The Institutes of the Law of Nations*, *cit.*, p. 114.
[359] *Ivi*, p. 116.
[360] *Ivi*, p. 117.
[361] *Ivi*, p. 118.
[362] *Ivi*, p. 119-120.

would be the most curious and interesting experiment that ever was made»[363]. L'esperimento come è noto, ha avuto luogo.

2.12. *Dal mandato britannico sulla Palestina alla costituzione dello Stato di Israele*

Con la Risoluzione 181 (II) A del 29 novembre 1947 sul Futuro governo della Palestina, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite stabilendo che il mandato su quel territorio sarebbe dovuto terminare non più tardi del primo agosto 1948, delineava un piano per la ripartizione della Palestina in uno Stato arabo e uno Stato ebraico indipendenti e stabiliva per la città di Gerusalemme uno speciale regime internazionale[364]. La Risoluzione fu adottata con 33 voti favorevoli, 13 voti contrari e 10 astenuti. Tutti i Paesi di tradizione islamica allora indipendenti votarono contro. La Cina si astenne. La maggioranza espressa nella Risoluzione è sostanzialmente costituita da Stati appartenenti alla tradizione cristiana.

Va ricordato che il favore della comunità internazionale verso la costituzione di uno Stato ebraico fu in parte dovuto alle feroci persecuzioni cui la popolazione ebraica, ma non solo, era stata sottoposta dal regime nazionalsocialista in Europa[365] e a cui il mondo arabo-musulmano era stato completamente estraneo. Si è in sostanza determinata una triangolazione che coinvolge le tre religioni monoteiste: alcuni regimi europei perseguono uno sterminio sistematico della popolazione ebraica; per "riparare" una volta istituita l'Organizzazione delle Nazioni Unite, una maggioranza di Stati appartenenti alla civiltà occidentale – Liberia a parte – determina la costituzione di uno Stato ebraico su di un territorio che da secoli era stato sotto la giurisdizione di un governo islamico e popolato da una popolazione prevalentemente di fede islamica[366].

La costituzione di uno Stato ebraico in Palestina era già tuttavia delineata nel trattato che istituiva il Mandato britannico sul quel territorio, in base agli accordi della Conferenza di Sanremo del 24 aprile 1920 tra le Potenze alleate. Nel Mandato per la

---

[363] *Ivi*, nota 1, p. 120.
[364] NU, A/RES/181 (II) A, 1947, Parte I "*Future constitution and government of Palestine*", A.: *Termination of Mandate, partition and independence*, articoli 1 e 3.
[365] S.MINERBI, *Lo Stato d'Israele: i primi cinquant'anni*, in: *Nuova Storia Contemporanea*, Maggio 1998, pp. 5-6.
[366] Un censimento condotto nel 1922 rilevava che su una popolazione totale di 757.182 unità, 590.890 erano musulmani, 83.794 ebrei, 73.024 cristiani. La rimanente parte della popolazione apparteneva ad altre comunità religiose. Nell'indagine non è inclusa la popolazione Beduina. *Palestine. Report on Palestine administration, 1922*, in:
http://unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/A682CABF739FEBAA052565E8006D907C.

Palestina viene formalizzata nel preambolo la "Dichiarazione Balfour" del 1917, – quando cioè sussisteva ancora la giurisdizione dell'Impero Ottomano – che, come riprende il testo del Mandato, si era espressa «*in favour of the establishment in Palestine of a national home for Jewish people*», considerando «*the historical connection of the Jewish people with Palestine*». La concezione religiosa della "Terra promessa" è così accolta nel sistema di diritto internazionale[367].

L'articolo 2 del Mandato prevede che debbano essere poste in essere delle condizioni idonee ad assicurare «*the establishment of the Jewish national home*» e l'articolo 4 che sia riconosciuta come ente pubblico un'agenzia ebraica avente il compito di cooperare con l'Amministrazione palestinese (mandataria) in quei settori che potevano incidere su «*the establishment of the Jewish national home and the interests of the Jewish population in Palestine*». Tale agenzia è individuata nell'Organizzazione Sionista[368]. L'articolo 6 prevede che l'Amministrazione della Palestina «*shall facilitate Jewish immigration under suitable conditions and shall encourage […] close settlement by Jews on the land»*. In base all'articolo 22, lingue ufficiali di Palestina sono l'Inglese, l'Arabo e l'Ebraico.

In merito alle capitolazioni e ai privilegi e immunità che erano concessi agli stranieri dall'Impero ottomano, l'articolo 8 del Mandato disponeva che essi non si sarebbero dovuti applicare in Palestina, ma prevedeva altresì una sospensione del regime delle capitolazioni, che sarebbe dovuto essere ripristinato allo scadere del mandato[369]. In sostanza il regime delle capitolazioni laddove le parti non ne avessero concordato l'estinzione, era sospeso nel perdurare dell'autorità britannica, ma si sarebbe potuto ripristinare una volta che questa fosse venuta meno e che si fosse quindi instaurata la giurisdizione di un altro Stato, presumibilmente arabo e/o ebraico. È significativo che la Parte IV della Risoluzione 181 (II) A dell'Assemblea Generale[370] dedicata alle

[367] «Il passaggio da una prospettiva di tipo messianico a un movimento politico di liberazione nazionale, poco più di un secolo fa, è frutto di una presa di coscienza dell'"impossibilità di essere normale" dell'ebreo in Europa, del fallimento dei molteplici tentativi di integrazione alle varie latitudini», L. ZEVI, in: A.B. YEHOSHUA, *Ebreo, israeliano, sionista: concetti da precisare*, (introduzione), Ed. e/o , 2001, Roma, p. 8.

[368] «Alla base della visione sionista c'era il desiderio di fondare uno Stato. E la sovranità totale era necessaria al sionismo più che ad ogni altro popolo, perché il sionismo richiedeva il diritto a un'immigrazione illimitata e a un insediamento illimitato, possibili soltanto attraverso la sovranità», A.B. YEHOSHUA, *Ebreo, israeliano, sionista, cit*., p. 44.

[369] Il testo del Mandato sulla Palestina è consultabile in: http://unispal.un.org/unispal.nsf/fd807e46661e3689852570d00069e918/2fca2c68106f11ab05256bcf007bf3cb?OpenDocument. Ultima consultazione marzo 2014.

[370] NU, A/RES/181 (II), 29.11.1947.

capitolazioni, riprendendo testualmente il dettato dell'articolo 8 del Mandato per la Palestina, statuisca che «*States whose nationals have in the past enjoyed in Palestine the privileges and immunities of foreigners, including the benefits of consular jurisdiction and protection, as formerly enjoyed by capitulation or usage in the Ottoman Empire, are invited to renounce any right pertaining to them to the re-establishment of such privileges and immunities in the proposed Arab and Jewish States and the City of Jerusalem*». Benché si tratti di un invito e non di un obbligo, l'ingerenza di potenze straniere nei territori della regione palestinese di quello che fu l'Impero ottomano, rappresentata dal regime delle capitolazioni, si chiude con la costituzione dello Stato di Israele.

2.13. *La neutralità del diritto internazionale rispetto al fenomeno religioso*

Nonostante i rapporti tra cristianità e ebraismo abbiano conosciuto nel corso della storia delle forti conflittualità, espressione questa che rispetto alla tragedia della Shoah appare solo un blando eufemismo, la cultura ebraica, in particolare nella sua componente ashkenazita è parte integrante della cultura europea. Possiamo ricordare che durante la colonizzazione francese dell'Algeria un decreto del 1870 concesse la cittadinanza francese alla popolazione indigena di fede ebraica[371], ma non a quella di fede islamica. Comunità ebraiche infatti sono esistite sia in ambito islamico che in ambito cristiano, con modalità che hanno presentato caratteri diversi nel tempo e nello spazio rispetto al regolamento dei loro rapporti con l'autorità costituita, ma si trattava per l'appunto di comunità e non di entità statuali.

In diritto internazionale, la cui natura è quella di regolare le relazioni tra Stati sovrani, l'elemento dell'identità religiosa di una nazione non è in linea di principio rilevante ai fini del riconoscimento della soggettività internazionale. Nel suggellare la fine di una guerra di religione tra protestanti e cattolici, i trattati di Münster e Osnabrück non sancirono forse l'irrilevanza del credo praticato da uno Stato al fine del paritario riconoscimento tra quelli che si andavano configurando come i soggetti di diritto internazionale per eccellenza, ossia gli Stati? Ma si trattava pur sempre di

[371]Décret "Crémieux" del 24 ottobre 1870, consultabile in: http://mjp.univ-perp.fr/france/d1870algerie.htm. Ultima consultazione marzo 2014. Si veda anche:G. CALCHI NOVATI, *Storia dell'Algeria indipendente*, Bompiani, Milano, 1998, p. 28; K. KATEB, *Européens, «Indigènes» et Juifs en Algérie (1830-1962)*, Éd. INED, Paris Cedex, 2001, p. 339; B. STORA, *Le Décret Crémieux*, in: *Histoire des relations entre juifs et musulmans des origines à nos jours*, Ed. Albin Michel, Paris, 2013, p. 286.

rapporti tra Stati cristiani. Nulla si può evincere in merito ai rapporti con Stati che cristiani non erano (e non sono), se non per l'appunto nella prassi. La neutralità del diritto internazionale rispetto al fenomeno religioso[372], così come delineata in quel di Westfalia, è una neutralità che si afferma tra e verso fedi cristiane. Quando il diritto internazionale europeo esce dai confini dell'Europa, per divenire *il* diritto internazionale, l'idea di tale neutralità è mantenuta su di un piano teorico ma, *de facto*, essa continua ad operare nella sua pienezza solo tra Stati la cui storia affonda nella tradizione del cristianesimo.

2.14. *L'idea manciniana di Nazione*

Val la pena qui richiamare l'idea manciniana di Nazione illustrata nella celebre *Prelezione* che il giurista italiano tenne nel 1851 all'Università di Torino[373]. Per Mancini «nella genesi de' diritti internazionali la Nazione e non lo Stato» rappresenta «l'unità elementare, la monade della scienza»[374], «lo Stato non è opera di arte, né di consenso: ed implica già come suo principio di vita la idea di nazionalità, la quale per necessità lo antecede»[375] e in quanto tale determina «la perenne impotenza di tutti gli umani artifizii contro la necessità della natura, la vanità di tutt'i tentativi ripetuti nel giro de' secoli per opprimere sotto la mole di gigantesche creazioni politiche il gran fatto naturale della partizione dell'umanità in nazionalità distinte per caratteri assai più certi e

[372] Non si sta qui parlando del diritto alla libertà di religione che in diritto internazionale è sancito su scala universale dal Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, articolo 18, e che richiama, pur con delle differenze, la statuizione dell'articolo 18 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, nonostante la concezione della libertà di religione così affermata, sia essa stessa ascrivibile alla concezione che di tale diritto di libertà si è data in ambito europeo prima e nord americano poi, a fronte di quel processo storico che a partire dal costituzionalismo ha portato all'affermazione della dottrina dei diritti umani. Evidenza di ciò si ha confrontando due strumenti internazionali regionali sui diritti umani: la Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali del Consiglio d'Europa (1950) e la Carta araba dei diritti umani adottata in seno alla Lega degli Stati arabi (2004). Nel primo caso l'articolo 9 prevede la libertà di cambiare religione, così come prevedeva l'articolo 18 della Dichiarazione del 1948, nonostante si trattasse di uno strumento non giuridicamente vincolante. Nel secondo caso invece, è assente ogni riferimento anche alla libertà di adottare una religione o un credo di propria scelta, come invece sancisce l'articolo 18 del Patto sui diritti civili e politici. Anche se il discorso meriterebbe un più puntuale approfondimento che qui non ci è concesso, è chiaro che vi è una corrispondenza tra l'ampiezza della libertà di religione sul piano internazionale universale e sul piano regionale europeo, che non trova un'equivalenza sul piano regionale "arabo". Gli Stati arabi e/o musulmani, rispetto allo strumento universale del Patto del 1966, hanno "piegato" la previsione dell'articolo 18 alla loro concezione della libertà di religione, ricorrendo allo strumento delle riserve.

[373] P.S. MANCINI, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti: Prelezione al corso di diritto internazionale e marittimo pronunciata nella R. Università di Torino dal Professore Pasquale Stanislao Mancini, nel dì 22 gennaio1851*, Tipografia eredi Botta, Torino, 1851.

[374] *Ivi*, p. 46-47.

[375] *Ivi*, p. 48.

durevoli degl'instabili arbitrii delle combinazioni diplomatiche»[376]. Mancini il cui obiettivo è quello di esporre "la Scienza del DIRITTO INTERNAZIONALE PUBBLICO E PRIVATO secondo il suo stato presente, ed in conformità delle opinioni più comunemente ricevute, e degli Usi e de' Trattati esistenti tra i popoli europei»[377], individua i principali elementi costitutivi della Nazione, descritti come «proprietà e fatti costanti, che superando i limiti delle zone e de' secoli, ebbero a riscontrarsi ognora presso ciascuna delle tante Nazioni che fin qui vissero», ne «la REGIONE, la RAZZA, la LINGUA, le COSTUMANZE, la STORIA, le LEGGI, le RELIGIONI»[378]. L'elemento della religione nella dottrina manciniana è pertanto elemento costitutivo dell'identità nazionale, nonostante nell'insieme della *Prelezione* esso non sia oggetto di specifici ulteriori sviluppi. Troviamo però alcuni cenni che meritano di essere posti in evidenza. Innanzi tutto parlando di Grozio, Mancini pone in rilievo la notevole influenza che il suo pensiero ebbe «sulla politica de' governi della Cristianità» e rammenta come «per lui non si osi dichiarare ingiusta la guerra che si faccia per introdurre la propria religione presso popoli infedeli che ne hanno una diversa»[379]. Il punto di vista da cui si osserva è evidentemente quello della cristianità. Ancora troviamo un riferimento alla religione quando Mancini si chiede «Quali profonde diversità di ogni maniera debbono tra due paesi produrre anche le sole differenze di una religione *monoteista* o *politeista*, e la *poligamia* o la *monogamia* nella costituzione della famiglia»[380]. In polemica con i pubblicisti dell'epoca afferma poi che per costoro «la luce del cristianesimo e della filosofia non ha mai dissipata la idea pagana della onnipotenza dello Stato artificiale e fattizio»[381]. Contro il principio di Nazionalità avrebbero combattuto invano tutte le altre forze tra cui «le idee stesse onnipotenti di Religione e di Civiltà». Mancini tuttavia non arriva a stabilire un'identità tra civiltà e cristianità[382] ché anzi «L'unica inesausta sorgente di tutti gli attacchi al principio di Nazionalità rammentati nella storia non può in somma ravvisarsi che nell'abuso della Forza, e nella sua politica incarnazione, la Conquista» che «si vestì di cento forme diverse nella successione de' tempi e della

[376] *Ivi*, p. 51.
[377] *Ivi*, p. 10.
[378] *Ivi*, p. 31.
[379] *Ivi*, p. 18.
[380] *Ivi*, p. 38.
[381] *Ivi*, p. 49. In merito a riferimenti alla religione cristiana si vedano anche pp. 55, 56 e sui culti in generale pp. 66, 67.
[382] *Ivi*, p. 58.

civiltà […]: ne' tempi più vicini, propagando idee di civiltà, volle esser detta *Civile*»[383]. La religione è tuttavia solo uno degli elementi costitutivi della Nazione. Tra questi, quelli cui Mancini dedica una descrizione più estesa sono la regione, la razza e la lingua[384]. Per regione Mancini intende un territorio fisico, definito "elemento GEOGRAFICO" che abbia determinate caratteristiche e dei confini naturali «che concentrano e circoscrivono, e talvolta difendono da straniere aggressioni una nazionalità»[385]. L'influenza della tipologia del territorio sul carattere di una Nazione è variamente spiegata, ma ciò che a noi interessa è che nella definizione di Nazione l'elemento primo sia il territorio[386]. A parte i casi di cui ancora si discute del Sovrano Militare Ordine di Malta e dei governi in esilio[387], non è superfluo richiamare in confronto dialettico col pensiero di Mancini che lo Stato è l'esercizio di una sovrana potestà di governo entro una determinata sfera territoriale e su una data popolazione, ivi stanziata[388]. Ossia, senza territorio non vi è manciniana Nazione, e senza territorio, per quanto piccolo, non vi è Stato.

Gli elementi che Mancini ci ha descritto come costitutivi di una Nazione non sarebbero però di per sé sufficienti nel determinare il compimento del suo essere senza che si formi «la COSCIENZA DELLA NAZIONALITÀ, il sentimento che ella acquista di sé medesima e che la rende capace di costituirsi al di dentro e di manifestarsi al di fuori»[389]. Nazionalità nella quale si riconoscono una «*società naturale di uomini da unità di territorio, di origine, di costumi e di lingua conformati a comunanza di vita e di coscienza sociale*»[390]. Sentimento di nazionalità che in tutti i tempi e in tutti i paesi «fece onorare come un eroe e come un martire chi s'immolò vittima santa e generosa per la difesa della nazionale indipendenza. Questi giuridici rapporti, i quali vengono spontaneamente e necessariamente generati dal fatto della Nazionalità, senza che l'artificio di alcun patto politico ne sia la efficiente cagione, ànno una *doppia* guisa essenziale di *manifestazione*: la *libera costituzione interna della Nazione*, e la sua

[383] *Ivi*, p. 52.
[384] *Ivi*, p. 32-37.
[385] *Ivi*, pp. 32-33.
[386] Per la concezione di territorio in diritto internazionale si rinvia a: E. RIGO, L. ZAGATO, *Territori*, in *Atlante di filosofia del diritto*, Vol. II, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 262-277.
[387] T. TREVES, *Diritto internazionale*, *cit*., pp. 164-169.
[388] *Ivi*, p. 53; A. MIELE, *Stati*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 1-7.
[389] P.S. MANCINI, *Della nazionalità*, *cit*., p. 39.
[390] *Ivi*, p. 41.

indipendente autonomia verso le Nazioni straniere»[391]. Perché «Le Nazioni che non hanno governo uscito dalle proprie viscere, e che servono a leggi loro imposte di fuori, non han più volontà giuridica, son già divenute mezzi degli altrui fini, e quindi cose»[392]. Infine per Mancini è dal principio stesso di Nazionalità che scaturisce la *libera ed armonica coesistenza* di tutte le Nazioni[393].

La dottrina manciniana sul principio di Nazionalità, su cui abbiamo voluto soffermarci, ebbe come è noto maggior incisività su quelli che furono gli sviluppi del diritto internazionale privato. L'idea di Nazione come "unità elementare" in diritto internazionale pubblico, con ogni probabilità, anche in ragione del tenore complessivo della *Prelazione*, è forgiata sul contesto storico dell'epoca, che è quello dell'Italia preunitaria. Possiamo cionondimeno cogliere nel pensiero di Mancini, degli elementi utili al procedere della nostra analisi.

2.15. *Il limite della concezione neutra del diritto internazionale: la storicizzazione della Terra promessa*

Se consideriamo le comunità ebraiche preesistenti alla costituzione dello Stato di Israele, possiamo ben individuare in esse gli elementi che Mancini attribuisce all'idea di Nazione – un'idea che "per necessità" precede quella di Stato – eccetto che per un uno: il territorio. Le comunità ebraiche dunque non erano né Stato, nel senso che ne dà il diritto internazionale, né Nazione nell'accezione manciniana del termine. Il Mandato per la Palestina infatti parla di «*establishment in Palestine of a national home for Jewish people*». L'idea di una nazione ebraica è quindi già presente e per darle compimento ad essa viene associata in modo artificioso quella di un territorio, sulla base di una "*historical connection*". Il legame storico o, possiamo dire, il titolo storico, tuttavia non è dimostrato o giustificato sulla base di criteri aventi attinenza col diritto internazionale. Si considerino a tal riguardo, anche se siamo in epoca successiva, le argomentazioni della Corte internazionale di giustizia in merito alle rivendicazioni sul territorio del Sahara occidentale da parte del Marocco[394]. Per dimostrare l'esistenza di "legami giuridici" col territorio in questione, il Marocco sosteneva dei legami di sovranità che sarebbero derivati dal suo possesso da tempo immemorabile del territorio.

[391] *Ivi*, p. 43.
[392] *Ivi*, p. 46.
[393] *Ivi*, p. 59.
[394] *Sahara occidental*, *avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975*, p. 12.

Nel caso della Palestina, cosa comunque non dimostrata, si sarebbe dovuto parlare eventualmente di possesso del territorio *in* un tempo immemorabile, da parte della comunità ebraica, visto che la continuità del possesso non sussisteva[395].

A sostegno della sua tesi il Marocco invocava una serie di fatti risalenti alla conquista araba del Nord Africa nel VII secolo su cui la Corte si pronuncia sostenendo che «*Le caractére lointain, irrégulier et souvent éphémère de nombre de ces faits confère une certaine ambiguïté aux documents historiques en tant que preuves de la possession du territoire aujourd'hui en cause*»[396]. Il carattere lontano nel tempo è dunque un elemento tale da escludere che la documentazione storica potesse assumere valore di prova nel caso in discussione, in merito a fatti occorsi nel VII secolo. E dal VII secolo in poi, non vi è documentazione storica che attesti dell'esistenza di uno Stato ebraico in Palestina, non prima della costituzione dello Stato di Israele.

Il mandato britannico sulla Palestina che pone le premesse per la costituzione dello Stato di Israele consta di due elementi cardine, uno dei quali guarda al passato, l'altro al futuro. Il primo è individuato nel legame storico del popolo ebraico con il territorio della regione palestinese, che è un legame storicamente documentato, ma risalente ad un tempo di molto precedente al fenomeno giuridico chiamato diritto internazionale. Il secondo invece, definendo la concreta possibilità di costituzione di una "*Jewish national home*" guarda al futuro sancendo in un catalogo di norme di diritto positivo l'alleanza che secondo la Bibbia Dio concluse con Abramo affidando alla sua discendenza i territori di Palestina[397]. Il futuro biblico non può che essere metastorico. Il diritto internazionale l'ha storicizzato. Una rappresentazione di ordine religioso entra così nel sistema di diritto internazionale, in palese opposizione alla concezione delle relazioni internazionali scaturita dai trattati di Westfalia, a meno che non si consideri che quella concezione fosse valevole solo tra Stati cristiani o tra Stati considerati non ostili alla cristianità.

La già richiamata Risoluzione 181 (II) del 29 novembre 1947, aveva visto l'opposizione di tutti gli Stati di tradizione islamica, ma il criterio che prevalse fu quello

---

[395] Così ancora la Corte internazionale di giustizia: «*What is of decisive importance, in the opinion of the Court, is not indirect presumptions deduced from events in the Middle Ages, but the evidence which relates directly to the possession of the Ecrehos and Minquiers groups*», *The Minquiers and Ecrehos case*, *Judgement of Nov. 17th 1953: I.C.J. Reports 1953*, p. 57.

[396] *Sahara occidental*, *avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975*, § 91.

[397] *Antico Testamento, Genesi*, 15, 17-20, in: *La Bibbia di Gerusalemme*, Centro Editoriale Dehoniano, Bologna, 1977, p 61. I confini dell'Israele biblico sono variamente definiti nel testo biblico.

numerico, espressione di una maggioranza costituita da Stati di tradizione cristiana. Una valutazione delle Risoluzioni dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite sulla base dell'espressione di voto di "gruppi di Stati" si sarebbe affermata solo più tardi sulla base però di identificazioni di ordine economico – paesi sviluppati ad economia di mercato, paesi socialisti ad economia pianificata, paesi del Terzo mondo[398] – e giammai assumendo un criterio di tipo religioso, che avrebbe contraddetto a tal proposito l'ordine neutro sancito a Westfalia.

2.16. *La neutralità è cristiana*

Passare al vaglio della dottrina manciniana la situazione della Palestina si presenta come un'operazione più complicata da un punto di vista metodologico perché, mentre è chiaro che nel periodo che stiamo considerando essa non poteva considerarsi uno Stato, mancando del requisito dell'indipendenza verso l'esterno, la definizione di Nazione che si forma in Europa nel XIX secolo dovrebbe essere confrontata con la differente concezione di Nazione che invece prevaleva in ambiente islamico nella cui storia «un paese è un luogo, mentre una nazione è un popolo, o umma, la comunità definita dalla fede religiosa, e quindi la nazione dei credenti […]. Nell'Islam la comunità religiosa è l'unità fondamentale o nazione e comprende i diversi stati che si sono formati nel corso della storia. La religione è l'elemento determinante dell'identità politica, il fulcro del senso di appartenenza e la fonte dell'autorità […]. L'idea dello stato nazione quindi rimane un'importazione europea in contraddizione con la tradizione islamica»[399].

Dopo questa necessaria precisazione, possiamo comunque osservare che, procedendo secondo l'idea manciniana di Nazione, una popolazione che nella Risoluzione 181 (II) A viene definita come "araba" risiedeva stabilmente su di un territorio e condivideva, per citare Mancini, un'unità «*di origine, di costumi e di lingua conformati a comunanza di vita e di coscienza sociale*». Condivideva, fatta salva la presenza di alcune minoranze, un medesimo credo religioso, quello islamico. Se dunque la Palestina poteva considerarsi Nazione nell'accezione europea del termine, la questione che si pone è quella di comprendere perché un elemento di ordine religioso, parte di un'identità nazionale – quella ebraica – abbia potuto imporsi su un altro – quello islamico – nella

[398] *Infra,* § 2.22.
[399] P. J. VATIKIOTIS, *Islam: Stati senza Nazioni*, *cit*., p. 54, p.58, titolo originale: *Islam and the State*, Routledge, 1987. B. LEWIS, *La costruzione del Medio Oriente*, *cit*.; *Supra*, § 1.15.

costituzione di uno Stato grazie all'appoggio della comunità internazionale. Comunità internazionale che ha appoggiato e favorito il sorgere dello Stato di Israele, la cui effettività però si manifesta nella proclamazione unilaterale da parte di un governo *de facto*: «È da questo momento – e non dalla pretesa aggiudicazione – che si manifesta la capacità del nuovo soggetto nella lotta contro gli stati arabi e nella conduzione degli atti relativi»[400]. Chiarita l'effettività dell'esistenza dello Stato di Israele, ciò che emerge dalle vicende che hanno portato alla sua costituzione è il rapporto che è dato tra i tre monoteismi in quanto rappresentativi o comunque componente di primo rilievo delle identità nazionali degli Stati coinvolti. Le comunità ebraiche da secoli parte della cultura europea non avendo un'entità politica di riferimento, né territorio, sfuggivano all'analisi della dottrina internazionalistica perché per loro natura non potevano entrare nelle relazioni che intercorrevano tra Stati, salvo poi costituirsi in forma Stato nel territorio della regione palestinese, proprio grazie all'appoggio della componente della comunità internazionale di tradizione europea e cristiana. Il fatto che da secoli il territorio della Palestina fosse stato retto da un Governo islamico viene trascurato a favore dell'affermazione della prospettiva messianica propria dell'ebraismo. Il governo che prima dell'instaurazione del Mandato britannico aveva giurisdizione sul territorio palestinese, come è noto, era quello dell'Impero ottomano. Impero ottomano che non solo aveva una contiguità geografica con l'Europa, ché anzi alcuni dei suoi territori erano nel continente europeo e abitati da popolazioni cristiane, ma che rappresentava un monoteismo, quello islamico, che diversamente dall'ebraismo, come il cristianesimo aveva (ha) vocazione universale[401], un monoteismo quindi antagonista e geograficamente contiguo ai territori europei, ossia alla cristianità. Rappresentava perciò il nemico per antonomasia non solo degli Stati europei, ma della cristianità. Cosa che non si poteva dire della Cina, né di altri potentati politici non europei per i quali il tipo di appartenenza religiosa non veniva posto in evidenza né sanzionato dalla dottrina attribuendovi dei connotati negativi.

Giova qui ricordare che l'arte della guerra nelle parole di Lorimer, era la sola espressione delle umane attitudini in cui i Turchi avessero dimostrato qualche abilità[402], una guerra che col significato islamico di *jihād*, fu dichiarata per l'ultima volta da uno

[400] A. MIELE, *Stati*, *cit*., p. 28.
[401] H. KÜNG, *Islam. Passato, presente e futuro*, BUR, Milano, 2008, p. 42, p. 698, titolo originale: *Der Islam. Geschichte, Gegenwart, Zukunft*, Piper Verlag, München-Zürich, 2004.
[402] *Supra*, § 2.7, nota 340.

Stato islamico, l'Impero ottomano, nel novembre del 1914, con una serie di decreti in cui il sultano Mehmet Reşad V rivolgendosi all'esercito spiegava che «*it was their duty as Muslims to defend not only the country, but also the religion of Islam in the world*» e rivolgendosi a tutti i Musulmani, quindi anche a quelli non soggetti alla sua giurisdizione secolare, spiegava sulla base di argomenti di tipo religioso, perché dovevano condurre una guerra contro le Potenza dell'Intesa[403]. Sempre a proposito di *jihād* e venendo a tempi a noi molto più vicini, con tutte le cautele del caso val la pena di riportare nella sua interezza il testo di una Risoluzione dell'allora Organizzazione della Conferenza islamica del 1981:

« *RESOLUTION No.5/3-P(IS) SUR LA DECLARATION DU DJIHAD SACRE*

La Troisième Conférence Islamique au Sommet "Session de la Palestine et d'Al Qods" réunie à Mekka Al Mokarramah, Royaume de l'Arabie Saoudite, du 19 au 22 Rabie Al Awwal 1401 H (25-28 Janvier 1981);

AYANT FAIT le point de la situation créée par l'occupation d'AL QODS Al Sharif et la proclamation de son annexion en tant que capitale éternelle de l'entité sioniste, et ayant pris acte des violations et des profanations dont les Lieux Saints de l'Islam et le patrimoine religieux et culturel des Musulmans ont été l'objet;

CONSTATANT la persistance de l'ennemi sioniste à nier les droits nationaux inaliénables du peuplé palestinien à sa patrie et à ses biens, à son acharnement à le terroriser, à le persécuter et à semer la ruine autour de lui, et le maintien de son occupation d'autres territoires arabes au mépris des résolutions des précédentes conférences islamiques et de celles des organisations internationales, telles que les Nations Unies et le Mouvement Non-Aligné;

CONSTATANT PAR SUITE avec tous les Musulmans et le monde entier, que cet ennemi est décidé à poursuivre son agression et son occupation et qu'il fait fi des règles morales, des idéaux et des normes qui régissent les relations internationales,

Pour toutes ces raisons, les Rois, Emirs et Chefs d'Etat musulmans présents à cette Conférence, qui se tient dans les Lieux Sacrés, ayant examiné la question et estimant que la situation avait dépassé les limites de la patience et de l'endurance, envisagent de faire de l'étape suivante, une ère nouvelle se caractérisant par une action effective visant à faire triompher le droit et à vaincre l'injustice.

[403] M. BEŞİKÇİ, *The Ottoman Mobilization of Manpower in the first Words War*, Brill, Leiden, 2012, pp. 63-64.

Par conséquent, ils décident à l'unanimité de proclamer que le JIHAD sacré est un devoir incombant à tout Musulman et à toute Musulmane selon la CHARIA et les traditions islamiques. Tous les Musulmans résidant dans les pays islamiques et hors de ceux-ci sont invités à accomplir ce devoir, chacun selon ses capacités, à remplir les obligations que leur dicte la fraternité islamique et à servir le droit, selon les préceptes de Dieu le Tout-Puissant. Les Etats Islamiques, en proclamant leur JIHAD sacré, qui vise à sauver AL QODS, à faire triompher le peuple palestinien et à libérer les territoires arabes occupés, voudraient préciser au monde entier que la conception islamique du Jihad sacré ne saurait être mal interprétée, ni mal comprise, et que toutes les mesures pratiques qu'il nécessite seront prises conformément aux préceptes de l'Islam et sur la base des consultations continues entre les Etats islamiques»[404].

In questo caso l'invito al *jihad* non promana da uno Stato, ma da un'organizzazione internazionale ed è fatalmente motivato dalla questione palestinese. Il richiamo a tutti i Musulmani, val la pena sottolinearlo, rinvia inoltre alla concezione islamica della giurisdizione, determinandosi una contrapposizione con la concezione della sovranità in diritto internazionale, una contrapposizione fondata su base confessionale.

Il discorso che abbiamo fatto mette in evidenza come il principio di neutralità rispetto all'identità religiosa che secondo il sistema uscito da Westfalia deve informare le relazioni tra gli Stati, sia un principio che non è stato applicato quando l'identità religiosa di uno Stato era considerata ostile all'identità cristiana. Detto in altri termini è il mondo cristiano, nelle sue varie declinazioni, ad aver stabilito la neutralità del credo religioso nei propri reciproci rapporti, ma pur mantenendo fermo questo principio, quando la comunità internazionale si apre a soggetti che si riconoscono in altre fedi e in particolare in una fede storicamente ritenuta antagonista della cristianità, questo principio non opera più, perché l'orizzonte neutro non può che essere quello cristiano.

2.17. *Segue*: *la concezione neutrale del diritto interno*

Abbiamo già visto come nella dottrina e nella prassi tra la fine del XIX secolo e l'inizio del XX, fosse considerato un elemento essenziale al riconoscimento nel sistema di diritto internazionale degli Stati non europei o di tradizione europea, l'adeguamento

[404] OCI, Résolution No. 5/3-P(IS), Troisième Conférence Islamique au Sommet, Mecca Al Mokarramah 19-22 Rabi al-Awal 1401 H. 25-28 Janvier 1981. Al-Qods è il nome arabo di Gerusalemme.

del loro diritto interno a degli standard europei. Anche se il diritto interno di norma non rileva per il diritto internazionale, vediamo che anche in questo caso è indicato un ordine neutro che è quello del diritto degli Stati europei. Gli Stati che per più antica tradizione erano parte della comunità internazionale, tutti Stati cristiani, non solo attribuiscono valore neutro e quindi irrilevanza al loro credo di riferimento nei loro reciproci rapporti, ma attribuiscono lo stesso valore neutro ai loro rispettivi sistemi di diritto interno. Una neutralità che invece non è riconosciuta al diritto interno degli Stati non europei e non cristiani. In un siffatto contesto, che tipo di riconoscimento poteva avere un diritto come quello islamico che non solo non era un diritto di tradizione europea, ma che era per sua natura il diritto sacro del monoteismo ritenuto il maggiore antagonista della cristianità? E qui ci spostiamo in avanti introducendo una questione che affronteremo estesamente nel prossimo capitolo: la rilevazione assiomatica dei principi generali di diritto in diritto internazionale, così ritornando al solco principale del nostro discorso, non rivela forse il ricorso ad un ordine neutro? Ovvero, in assenza di un'indagine di diritto comparato nella rilevazione dei principi generali, ciò che non deve giustificare la propria natura è il diritto dei Paesi occidentali. Ma l'assiomaticità di norma è propria del diritto divino il quale è indimostrabile secondo un ordine di diritto positivo.

Procediamo ora riferendo altre voci della dottrina, nei cui tratti essenziali troveremo una sostanziale continuità con le linee di pensiero sin qui considerate.

Sezione Terza

L'OPZIONE CULTURALE: LA PARABOLA DEL XX SECOLO

SOMMARIO: 2.18. Lassa Oppenheim e l'ingresso dell'Impero ottomano nella famiglia delle Nazioni. – 2.19. Una certa idea morale di giustizia nelle legislazioni delle nazioni civili: i principi generali nella prospettiva di Georges Ripert. – 2.20. Potenze cristiane e potenze economiche: nuove opposizioni in diritto internazionale. – 2.21. René-Jean Dupuy e l'avvenire del diritto internazionale in un mondo multiculturale. – 2.22. René-Jean Dupuy e il caso Texaco. – 2.23. La dimensione relazionale in diritto internazionale.

2.18. *Lassa Oppenheim e l'ingresso dell'Impero ottomano nella famiglia delle Nazioni*

Varcate le soglie del XX secolo Lassa Oppenheim, studioso di diverso orientamento rispetto a Pillet e Lorimer, parrebbe offrire una diversa visione della comunità internazionale e dello status ivi riconosciuto all'Impero ottomano. Ripercorrendo lo sviluppo storico dell'ambito di applicazione del diritto internazionale, Oppenheim individua delle tappe corrispondenti all'ingresso di nuovi Stati nella "famiglia delle nazioni". Con l'ingresso dell'Impero ottomano nella comunità internazionale, sancito dall'articolo 7 del Trattato di Parigi del 1856, il diritto internazionale avrebbe cessato di essere un diritto tra soli Stati cristiani[405]. Da quel momento infatti la Sublime Porta, avendo cercato di attenersi alle norme di diritto internazionale, è stata trattata di conseguenza dagli Stati cristiani. Il rapporto che viene delineato è dunque un rapporto di adesione a un sistema di norme già dato. Sotto il profilo della soggettività la Turchia è riconosciuta tra i membri della comunità delle nazioni, ma questo nella misura in cui essa si fosse adeguata al diritto previgente tra gli Stati cristiani[406]. E infatti la conferma è data un po' più innanzi. Scrive Oppenheim: «*International Law as a law between Sovereign and equal States based on the common consent of these States is a product of*

[405] L. OPPENHEIM, *International Law. A Treatise,* Vol. I, Longmans, Green & Co., London, 1905, p. 33.
[406] *Infra*, § 3.7.

modern Christian civilisation»[407]. Il dominio del diritto internazionale si ritiene tuttavia si estendesse oltre il perimetro degli Stati cristiani, data l'inclusione della Turchia – di tradizione islamica – e del Giappone – di tradizione buddista[408], tra i membri della comunità internazionale. In linea di principio l'autore afferma la parità tra i membri della famiglia delle nazioni, a prescindere dal fatto che si trattasse di Stati testualmente definiti Stati cristiani o Stati non cristiani, rimanendo però gli stati cristiani la misura per definire un livello di civiltà sufficiente per poter essere considerati membri a pieno titolo della comunità internazionale.

Il regime delle capitolazioni in Turchia è ritenuto un'anomalia in quanto costituiva una limitazione della sovranità dello Stato, anomalia che si riteneva destinata a cessare solo quando il Paese avesse provveduto a una riforma del proprio sistema giudiziario tale da poter confidare nell'imparzialità delle sue corti[409]. Fatto salvo l'elemento giuridico formale dell'articolo 7 del Trattato di Parigi del 1856 secondo cui le potenze europee "*déclarent la Sublime Porte admise à parteciper aux avantages du droit public e du concert Européens*"[410] il regime delle capitolazioni permane come un limite all'esercizio della piena sovranità della Porta. Limite che permarrà nei territori dell'Impero ottomano anche oltre la sua dissoluzione. Limite che definisce una separatezza tra il riconoscimento formale della soggettività internazionale dello Stato ottomano e il riconoscimento di un diritto – il diritto musulmano – e dei suoi principi, estraneo alla tradizione delle potenze cristiane. È questa una contraddizione che trova espressione nell'articolo 9 del trattato di Parigi del 1856, in cui le Potenze contraenti prendono atto e si compiacciono per l'emanazione da parte del Sultano di un *Firman* (editto sultanale)[411] che, volto a migliorare le condizioni dei sudditi dell'Impero, senza distinzione di religione e di razza, consacra "*ses généreuses intentions envers les populations chrétiennes de son Empire*", cosa che in nessun caso, ai sensi del secondo comma, avrebbe conferito alle Potenze il diritto di ingerenza sia collettiva che individuale, nei rapporti tra il Sultano e i suoi sudditi e nell'amministrazione interna

---

[407] L. OPPENHEIM, *Ivi*, p. 44. O ancora "*There is no doubt that the Law of Nations is a product of Christian civilasation*", p. 30.
[408] Oltre al buddismo segnalato da Lorimer, va ricordato che la tradizione spirituale del Giappone è quella scintoista.
[409] L. OPPENHEIM, *International Law*, *cit.,* p. 148.
[410] M. É. GOURDON, *Histoire du Congrès de Paris*, Librairie Nouvelle, Paris, 1857; H. MCKINNON WOOD, *The Treaty of Paris and Turkey's Status in International Law*, *cit.*.
[411] *Hatti-Humayoun, Islahat Fermani* del 18 febbraio 1856. Il testo è consultabile in: G. YOUNG, *Corps du droit Ottoman*, *Vol II, Titre XXI, "Cultes, Privilèges judiciaires des communautés non-musulmanes", cit*., pp. 3-9.

dello Stato. La protezione della popolazione cristiana all'interno dell'Impero Ottomano che come si è visto ha radici antiche nella tradizione giuridica dell'Islām, riceve con l'*Islahat Fermani* una maggiore estensione, nella misura in cui, nel tentativo di definire un'identità ottomana tra tutte le popolazioni dell'Impero, mira a parificare lo status giuridico di musulmani e non musulmani. Si tratta in questo caso di un provvedimento meramente interno di cui il Trattato di Parigi si limita a prendere atto, un provvedimento che il Sultano ottomano "*a résolu de communiquer aux Puissances contractants*" e che è stato "*spontanément émané de sa volonté souveraine*". Su questo punto dell'articolo 9 va segnalato che la ricerca storiografica afferma che l'*Islahat Fermani* fu dettato al governo ottomano da Stratford Canning, all'epoca ambasciatore britannico a Istanbul[412].

Sul piano internazionale la protezione dei cristiani, garantita dal trattato in luogo del tradizionale strumento dell'accordo di *dhimma*[413], viene assunta non solo a criterio per la definizione di una sovranità parziale e quindi di una non piena soggettività internazionale, ma costituisce l'elemento primo del disconoscimento da parte delle Potenze europee del diritto islamico. Solo qualora vi fosse stato un adeguamento del diritto e del sistema giudiziario ottomano agli standard europei si sarebbe potuto ritenere che i soggetti stranieri avrebbero potuto trovare adeguata tutela in terra d'Islām. L'acculturazione giuridica e quindi l'abbandono, per lo meno su di un piano formale, del sistema di diritto islamico, diviene la condizione per il pieno riconoscimento della soggettività internazionale. Abbiamo già riscontrato che la Turchia kemalista adotterà un profilo istituzionale "laico"[414], diversamente dagli Stati che sorgeranno sulle ceneri dell'Impero Ottomano e dall'affrancamento dal dominio europeo.

2.19. *Una certa idea morale di giustizia nelle legislazioni delle nazioni civili: i principi generali nella prospettiva di Georges Ripert*

Con l'avvento della Società delle Nazioni la prospettiva culturale che abbiamo qui analizzato non è destinata a sostanziali mutamenti, come abbiamo visto anche in riferimento al sistema dei mandati. Nel 1933, Georges Ripert, nel contributo che dedica ai principi generali di diritto contemplati nello Statuto della Corte permanente di Giustizia Internazionale, argomenta che i principi sono simili nelle principali legislazioni nazionali e che le nazioni civili hanno un diritto che è posto su dei principi

[412] J. L. GELVIN, *Storia del Medio Oriente moderno*, *cit.,* p. 106.
[413] *Supra § 1.14.*
[414] *Supra § 1.15.*

comuni, nonostante il carattere tecnico particolare del diritto codificato[415]. La regola di diritto civile è imposta da una serie di fattori, e se questi fattori sono gli stessi in tutti i Paesi, la regola sarà simile nelle principali nazioni civili. Ripert pare porre un'identità tra "tutti i paesi" e le "principali nazioni civili". I termini di questa identità sono presto svelati. Il diritto civile non cesserebbe infatti di fare appello a due idee che sono delle nozioni generali ammesse in tutti i Paesi. La prima è l'idea morale di giustizia, la seconda il bisogno d'ordine. Sul primo punto, citando il diritto delle obbligazioni, sostiene che la giustizia commutativa che vi è sottesa è per la maggior parte dei Paesi quella insegnata dalla dottrina cristiana. Vi sarebbe dunque una comunità di civilizzazione morale. Le nazioni civili però non avrebbero solo una certa concezione morale del mondo, ma anche una certa concezione economica. E il diritto internazionale, sostiene l'autore, è il diritto delle nazioni civili[416].

2.20. *Potenze cristiane e potenze economiche: nuove opposizioni in diritto internazionale*

Appare dunque perdurare fino alla prima metà del XX secolo l'idea dell'appartenenza delle nazioni facenti parte del consesso della comunità internazionale a una comune civiltà cristiana. Tale dato può ricevere conferma anche dall'analisi degli Stati che per primi sono entrati a far parte del Patto della Società delle Nazioni[417]. Viene definito un rapporto, non esplicito dato il carattere formalmente paritario della comunità internazionale, che vedeva da un lato le potenze cristiane, dall'altro il resto del mondo. A questo binomio, che tanta influenza ha avuto nella determinazione delle regole di diritto internazionale, nella seconda metà del XX secolo se n'è sostituito un altro che, come vedremo nel prosieguo nel nostro discorso, pone da un lato i Paesi industrializzati e dall'altro i Paesi in via di sviluppo, richiamando quella certa concezione economica delle nazioni civili, già segnalata da Ripert. In entrambi i casi, nel primo gruppo e fatte salve alcune estensioni, rientrano i Paesi europei. Rientrano in sostanza tutti i Paesi di più antica tradizione cristiana, più il Giappone.

Nell'opera di individuazione dei principi generali di diritto in diritto internazionale, come avremo modo di vedere nel prossimo capitolo, sia la prassi che la dottrina paiono

[415] G. RIPERT, *Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux (Contribution à l'étude des principes généraux du droit visés au Statut de la Cour permanente de Justice internationale*), RCADI, Vol. 44,1933- II, 565-664, p. 582.
[416] *Ivi*, pp. 584-586.
[417] *Supra,* nota 291.

non essersi discostate da un orizzonte di riferimento sostanzialmente coincidente con la tradizione giuridica del blocco dei Paesi convenzionalmente definiti occidentali. Definizione che in tempi non remoti veniva contrapposta a quella dei Paesi socialisti – la cui matrice ideologica dominante era comunque di stampo europeo – e a quella di non meglio identificati Paesi del terzo mondo o Paesi in via di sviluppo[418]. In quest'ultima categoria venivano collocati tutti quei Paesi che, a prescindere da un orientamento costituzionale di stampo liberale o socialista, non rientravano nella tradizione "nobile" dei primi due blocchi, tanto da definirli con una categoria di ordine economico – in via di sviluppo – e tacitando così ogni tradizione giuridica altra da quella liberale o socialista[419]. Tradizione culturale e giuridica che, come vedremo per il caso della tradizione islamica, ha iniziato ad essere riaffermata – talvolta con le conseguenze drammatiche di cui oggi siamo testimoni – e quindi ad entrare nella riflessione internazionalistica, in via prevalente proprio allo spirare della politica dei blocchi.

2.21. *René-Jean Dupuy e l'avvenire del diritto internazionale in un mondo multiculturale*

Quella che potremmo definire "opzione culturale" tarda ad affermarsi nel diritto internazionale. René-Jean Dupuy, nella presentazione al volume "*L'avenir du Droit International dans un monde multiculturel*" del 1984, non manca di sottolineare l'originalità del tema oggetto di trattazione nel testo, dichiaratamente proposto secondo l'angolo prospettico dell'influenza che un tale approccio avrebbe potuto avere negli sviluppi futuri del diritto internazionale. Se agli aspetti politici ed economici della disciplina era stata dedicata sufficiente attenzione, non altrettanto era accaduto con il

[418] Si veda ad esempio: F. SALERNO, *Principi generali di diritto (diritto internazionale)*, Digesto pubbl., *cit*., pp.534-535. Ancora Gaja, considerando numericamente l'ampiezza degli ordinamenti statali e l'appartenenza di questi a diverse tradizioni giuridiche, individua queste tradizioni nei sistemi di *common law*, *civil law* e nella famiglia dei Paesi socialisti, mentre in merito alle critiche sollevate dall'espressione "nazioni civili", parla di giudici di Paesi del terzo mondo, come se il Terzo mondo costituisse una famiglia giuridica: G. GAJA, *Principi del diritto (dir. Internazionale),* Enciclopedia del Diritto, XXV, 1986, 533-546, p. 534 e p. 537 nota 12.

[419] L'espressione Terzo Mondo, fu coniata per la prima volta da Alfred Sauvy, in un articolo comparso su *L'Observateur* del 14 agosto 1952 a pagina 14. L'articolo si concludeva con questa frase: «*Car enfin ce Tiers Monde ignoré, exploité, méprisé comme le Tiers Etat, veut, lui aussi, être quelque chos*e». In una nota dello stesso autore sulla genesi di questa espressione egli sosteneva di aver così trasposto la frase di Emmanuel Joseph Sieyès sul Terzo Stato durante la Rivoluzione francese e, benché nell'articolo non fosse riportato, che si sarebbe potuto assimilare il mondo capitalistico alla nobiltà e il mondo comunista al clero. L'espressione Terzo mondo è stata fatta propria dagli studiosi di diritto.

campo fenomenologico dei contatti interculturali, fossero essi di cooperazione o di scontro, nella misura in cui essi avrebbero potuto influenzare l'avvenire del diritto internazionale[420].

Il superamento di una mera opposizione Nord-Sud, pare qui essere posto. Ma al contempo il riconoscimento di identità culturali e quindi di tradizioni giuridiche diverse da quelle dominanti, pareva darsi solo in una prospettiva a venire. Una prospettiva del resto dichiarata nello stesso titolo del Convegno di cui il volume in discorso dà testimonianza. L'oggetto del Convegno è così definito da Dupuy «*Il s'agit de s'interroger sur l'avenir du droit international à travers des systèmes socio-culturels différents. Une telle étude suppose une utilisation du droit comparé, mais va au-delà et remonte aux valeurs religieuses, philosophiques ou idéologiques qui soutiennent les systèmes juridiques*». Di qui un'avvertenza evidentemente fondata sulla visione dei rapporti tra Stati prevalente in un epoca che si riteneva si stesse per concludere: «*Au cours de XIX^e^ siècle et jusqu'à une époque toute récente le droit international s'est constitué sous la dominance culturelle de l'Occident. Aujourd'hui émergent, du fait de la décolonisation, les systèmes islamique, indien, chinois, africain comme celui que constituent les pays en développement en tant que tels. L'existence de ce dernier ne saurait nous écarter du véritable sujet que nous avons donné à nos réflexions communes, en nous égarant vers la simple étude des rapports Nord-Sud*»[421].

Questa riflessione rappresenta uno degli aspetti centrali dell'analisi sui principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili nella misura in cui, fatti salvi i diversi approdi dottrinali, il rinvio formale al diritto interno previsto dall'articolo 38.1 c) della Corte internazionale di giustizia, chiama in causa o avrebbe dovuto chiamare in causa la struttura ordinatoria di blocchi giuridici diversi da quello occidentale o socialista onde poterne estrapolare i principi generali (anche) ivi operanti.

[420] R.-J. DUPUY**,** *L'avenir du droit international dans un monde multiculturel*, Présentation, Colloques de l'Académie de Droit International de La Haye, 1983, Pubbl. Martinus Nijhoff, 1984, p. XV.
[421] R.-J. DUPUY**,** *L'avenir du droit international dans un monde multiculturel*, Introduction du sujet, *ivi*, pp. 18-19.

2.22. *René-Jean Dupuy e il caso Texaco*

René-Jean Dupuy che introduce l'avvenire del diritto internazionale in un mondo multiculturale, è lo stesso Dupuy arbitro unico nella sentenza Texaco del 1977[422]. Alcuni passaggi della sentenza sono utili per mettere in evidenza non solo il cambio di prospettiva proposto dallo stesso autore, ma il permanere di una certa concezione eurocentrica nel diritto internazionale.

Sinteticamente la questione verteva sulle misure di nazionalizzazione adottate dal Governo libico sulla totalità dei beni di due compagnie petrolifere con le quali era stato concluso un contratto di concessione. Indirizzandosi con un memorandum al Presidente della Corte internazionale di giustizia che aveva nominato l'arbitro, il Governo libico sosteneva l'impossibilità di un procedimento arbitrale, motivo per cui non prese poi parte allo svolgimento del processo. Questa circostanza indusse le parti richiedenti a considerare quali sarebbero potute essere le argomentazioni che avrebbe potuto adottare la difesa; in particolare, una volta stabilita dal Tribunale la natura obbligatoria dei contratti di concessione, quali cause il Governo libico avrebbe potuto invocare per sottrarsi ai suoi obblighi contrattuali. Tra queste rientrava l'allora nuova teoria della sovranità permanente sulle risorse naturali. Su questo punto l'arbitro Dupuy considerò alcune risoluzioni dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite (1803, XVII; 3171, XXVII; 3201, S-VI), già evidenziate nel Memorandum presentato dalla Libia, e la Risoluzione 3281 (XXIX) intitolata "Carta sui diritti e i doveri economi degli Stati"[423] anche se successiva alla presentazione del Memorandum. La questione era innanzi tutto quella di considerare quale fosse il valore giuridico delle risoluzioni dell'Assemblea. Il Tribunale, riconoscendo che ormai alle risoluzioni dell'Assemblea un certo valore giuridico era attribuito, riteneva però che tale valore potesse differire in modo considerevole in ragione del tipo di risoluzione, delle condizioni di voto e delle disposizioni contenute. Analizzando l'espressione di voto degli Stati, il valore giuridico della risoluzione è stato dunque valutato dal Tribunale sulla base non del numero di Stati che avevano votato le risoluzioni, ma in base all'appartenenza di questi al gruppo

[422] *Texaco Overseas Petroleum Company and Californian Asiatic v. The Government of the Libyan Arab Republic*, di seguito "Texaco": J-F. LALIVE, *Un grand arbitrage pétrolier entre un Gouvernement et deux sociétés privées étrangères*, in: *Journal du Droit International*, vol. 104, n. 1, 1977, p. 319 ss.; ILR, vol. 53, 1979, p. 389; M. BENNOUNA, *Le droit international relatif aux matières premières*, RCADI, Vol. 177, 1982-IV, pp. 103-192, pp. 127-137.

[423] M. BEDJAOUI, *The right to development*, in: M. BEDJAOUI (general editor), *International Law: Achievements and Prospects*, Unesco, Paris, 1991, p. 1183 ss.

dei Paesi Occidentali ad economia avanzata o al gruppo dei Paesi definiti in via di sviluppo, a prescindere dalla maggioranza numerica dei secondi rispetto ai primi. In riferimento alla Risoluzione 1803 (XVII) del 14 dicembre 1962 sulla sovranità permanente sulle risorse naturali, osserva Dupuy che il voto favorevole all'Assemblea (87 voti favorevoli, 2 contrari, 12 astenuti) era rappresentativo non solo di molti Paesi del Terzo Mondo, ma anche di diversi Paesi sviluppati, e poteva dunque considerarsi l'espressione sia delle diverse aree geografiche che di tutti i *sistemi economici*. Non così per la Risoluzione 3281 (XXIX)[424]: approvata con 118 voti favorevoli, 6 contrari e 10 astensioni[425], le astensioni e i voti contrari erano espressione dei soli Paesi industrializzati. Il valore vincolante della Risoluzione era perciò escluso.

La logica lungo la quale si muove Dupuy è quella dei rapporti Nord-Sud. Il caso in discussione è di carattere economico, ma la nozione di *sistema economico* diviene rilevante anche ai fini della definizione di un punto di diritto. La dimensione economica degli Stati diviene onnicomprensiva. Ed è proprio questo tipo di prospettiva che lo stesso Dupuy invita a mutare nel succitato lavoro[426] considerando gli Stati in ragione anche della loro tradizione giuridica.

Vi è un altro aspetto della sentenza che va considerato. Gran parte dei cosiddetti Paesi in via di sviluppo erano Stati sorti dal processo di decolonizzazione. Secondo Dupuy i nuovi Stati non avevano il potere di cambiare il diritto che non avevano contribuito a creare. Un diritto che perciò indeboliva la sovranità di cui si supponeva godessero. E in effetti secondo Antony Anghie, i tradizionali principi di diritto internazionale e in particolare la dottrina della sovranità, assumono forma diversa quando applicati al mondo non europeo[427].

Vedremo in seguito come la sentenza Texaco sia rilevante anche in merito ai principi generali di diritto[428].

2.23. *La dimensione relazionale in diritto internazionale*

Se il diritto è dato da un incontro tra soggetti, che in diritto internazionale chiamiamo Stati, è dal rapporto tra questi ultimi che è dato il diritto internazionale. Gli Stati sono

[424] *Texaco*, ILR, vol. 53, 1979, p. 489.
[425] Il paragrafo 2 (c) dell'articolo 2 era stato soggetto a voto separato, *Ivi.*
[426] R.-J. DUPUY**,** *L'avenir du droit international dans un monde multiculturel, cit.*.
[427] A. ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge University Press, 2007, p. 235.
[428] *Infra,* § 3.23

portatori di una civiltà giuridica per cui gli Stati che per primi hanno concorso alla formazione del diritto internazionale non hanno potuto che permeare del loro sapere giuridico il nuovo fenomeno di relazione internazionale che si andava formando. L'inclusione nella comunità internazionale di nuovi soggetti-stato non ne ha solamente allargato la base soggettiva in senso numerico, ma dovrebbe aver ampliato la natura del momento relazionale, essendo i nuovi Stati portatori di civiltà giuridiche diverse da quella che per prima ha plasmato il fenomeno giuridico internazionale. Il contributo del diritto di matrice islamica alla costruzione dei principi generali di diritto, fine ultimo di questo lavoro, può essere una verifica di quanto i nuovi soggetti entrati a far parte della comunità internazionale, siano definiti non solo in termini di indipendenza verso l'esterno – requisito primo della soggettività internazionale – ma anche come parte di un rapporto su cui si costruisce il fenomeno giuridico internazionale.

CAPITOLO TERZO

I PRINCIPI GENERALI DI DIRITTO

Sezione Prima

TRE DIVERSE VALENZE DELLA NOZIONE DI PRINCIPI GENERALI DI DIRITTO

SOMMARIO: 3.1. Una nozione generalissima. – 3.2. I principi generali di diritto: seconda nozione. – 3.3. I principi generali nella discussione del Comitato incaricato di redigere lo Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale in una prospettiva storica. – 3.4. *Segue*: La natura dei principi generali. – 3.5. *Segue*: Come vengono elaborati i principi generali. – 3.6. I principi generali che emergono dalla discussione. – 3.7. Il caso delle indennità russe. – 3.8. La composizione della Corte: la genesi dell'articolo 9 della Corte permanente di giustizia internazionale. – 3.9. Principi generali e civiltà giuridica. – 3.10. I principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili: terza nozione dei principi generali. – 3.11. Una questione di metodo: Wolfgang Friedmann e il caso Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd v. Sceicco di Abu Dhabi. – 3.12. Indizi di comparazione tra i sistemi giuridici del mondo. – 3.13. Come vengono elaborati i principi generali? La natura dei principi. – 3.14. I principi generali in diritto internazionale e in diritto interno.

3.1. *Una nozione generalissima*

La nozione di principi generali di diritto va innanzi tutto chiarita rispetto alla pluralità di significati che all'espressione "principi generali di diritto" o "del diritto" può essere attribuita[429] in ragione del contesto in cui è inserita e dell'interpretazione che ne viene data, considerando tuttavia che, al di là di ogni possibile categorizzazione, richiamando Conforti «Obiettivamente non è facile orientarsi nella materia»[430].

Riteniamo di dover isolare tre significati prevalenti riconducibili alla formula "principi generali di diritto", e lo faremo aderendo ad un approccio storicamente orientato, in particolare in merito al secondo e terzo significato che saranno individuati.

[429] J. BASDEVANT, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Sirey, Paris, 1960, pp. 473-474.
[430] B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1995, p. 43.

Il primo di tali significati ha portata molto vasta e rinvia all'insieme delle norme che governano il sistema di diritto internazionale. Un esempio di questa prima definizione è rinvenibile in trattazioni di ordine generale che richiamano nel titolo i principi; così i "Principi di diritto internazionale" di Dionisio Anzilotti[431] o ancora i "*Principes généraux du droit international public*" di Charles Rousseau[432].

Altro riferimento ai principi in tal senso è riscontrabile anche nello Statuto dell'*Institut de Droit International*[433]. Scopo dell'*Institut* ai sensi dell'articolo 1.2 è quello di favorire il progresso del diritto internazionale. Tra le azioni volte al raggiungimento di tale scopo figurano la formulazione dei "principi generali della scienza in modo da rispondere alla coscienza giuridica del mondo civile" (1.2.a) e la "consacrazione ufficiale dei principi che siano stati riconosciuti in armonia con i bisogni delle società moderne" (1.2.c). Il primo punto ha portata più generale e richiama un contributo creativo che l'*Institut de Droit International* può dare al progresso del diritto internazionale in senso lato. Il secondo punto invece, definendo una "consacrazione ufficiale", rinvia a una previa ricognizione che, in quanto tale, può toccare tanto il diritto generale, quanto i principi generali, visti però in una accezione più specifica, rispetto a quella sin qui illustrata. Con ciò il discorso tende a spostarsi verso il secondo significato della nozione di principi generali.

Rimanendo nel quadro della prima definizione, si danno però delle varianti o nozioni più restrittive e a tal proposito va richiamato quanto ebbe a dire la Corte permanente di giustizia internazionale nella sentenza *Lotus*. Nel caso di specie, la Corte dà un'interpretazione della formula "principi di diritto internazionale" in riferimento all'articolo 15 della Convenzione di Losanna del 24 luglio 1923 secondo cui «*En toutes matières, sous réserve de l'article 16, les questions de compétence judiciaire seront, dans les rapports entre la Turquie et les autres Puissances contractantes, réglées conformément aux principes du droit international*». Per la Corte, «*le sens des mots " principes du droit international" ne peut, selon leur usage général, signifier autre chose que le droit international tel qu'il est en vigueur entre toutes les nations faisant partie de la communauté internationale*» e non è possibile – prosegue la Corte – salvo che in presenza di uno specifico testo, interpretare i termini "principi di diritto

[431] D.ANZILOTTI, *Principi di diritto internazionale. Introduzione: teoria generale dei rapporti di diritto internazionale: lezioni tenute nell'università di Roma nell'anno accademico 1918-1919*, Athenaeum, Roma, 1919.
[432] C. ROUSSEAU, *Principes généraux du droit international public*, Pedone, Paris, 1944.
[433] http://www.idi-iil.org/idiF/navig_statuts.html

internazionale" diversamente che «*comme signifiant les principes en vigueur entre toutes les nations indépendantes et qui, partant, s'appliquent au même titre à toutes les Parties contractantes*», quindi i principi contemplati nel citato articolo 15 non possono che riferirsi ai «*principes du droit international général*»[434]. Il riferimento esplicito è quindi al diritto consuetudinario, venendosi così a tracciare una nozione più restrittiva di "principi generali" nel quadro della prima e più ampia definizione che abbiamo individuato, una nozione che è altresì ricollegabile alla previsione del menzionato articolo 1.2.c dello Statuto dell'*Institut de Droit International.*

Un ulteriore aspetto che ci interessa risiede in una successiva precisazione della Corte che afferma che «*Le droit international régit les rapports entre des États indépendants. Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la co-existence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs*»[435]. Questa esposizione, di chiara matrice volontarista, richiama l'ordine con cui l'articolo 38.1 dello Statuto della Corte enuclea le fonti alle quali la stessa deve ricorrere nell'esercizio delle sue funzioni. La definizione di consuetudine che la Corte dà nella sentenza, si discosta però leggermente da quella presente nell'articolo 38.1 2) dello Statuto secondo cui la Corte applica "la consuetudine internazionale, come prova di una pratica generale accettata come diritto". La Corte ha affermato che i principi generali ai sensi dell'articolo 15 della Convenzione di Losanna, sono da intendersi come principi di diritto internazionale generale. Fuori dal caso di specie relativo all'articolo 15 e richiamando la definizione di "diritto internazionale tale e quale è in vigore tra tutte le nazioni facenti parte della comunità internazionale" dovremmo chiederci se la volontà degli Stati che si manifesta (anche) negli usi generalmente accettati, consacri non solo la consuetudine, ma anche, sotto il profilo sostanziale, una specifica categoria di principi generali, che, in virtù del principio volontarista, ricadrebbe quindi nell'ambito della consuetudine. Analizzeremo poco innanzi questa categoria di principi, ma consideriamo

[434] C.P.J.I., *Affaire du "Lotus",* del 07.09.1927, Série A- N. 10, p. 16-17. Troviamo un riferimento ai principi generali anche nell'Ordinanza della Corte dell'8 Febbraio 1927 relativa al caso della Denuncia del Trattato sino-belga del 2 novembre 1865. La Corte indica delle misure conservative tra cui "*En ce qui concerne la propriété et les navires: la protection contre tout séquestre ou mainmise non conforme aux principes généralement reconnus du droit international*", C.P.J.I., *Affaire relative à la dénonciation du traité sino-belge du novembre 1865*, Ordonnances des 8 janvier, 15 février et 18 juin 1927, del 08.01.1927, Série A- N. 8, p. 8.
[435] C.P.J.I., *Affaire du "Lotus",* p. 18.

ancora che, seguendo la statuizione dell'articolo 38.1 2) possiamo trovare una corrispondenza al termine "usi" in ciò che è definito "pratica generale" accettata come diritto. Se gli usi corrispondono dunque alla pratica generale, sostituendo i termini, la definizione data dalla Corte letta in rapporto all'articolo 38.1 2), può individuare una nozione di consuetudine internazionale come prova di usi accettati generalmente come consacranti dei principi di diritto che, data la premessa, altro non sarebbero che il diritto consuetudinario stesso. Poiché il discorso diverrebbe circolare ecco che possiamo chiederci se nella nozione di principi generali quali emergono dagli usi generalmente accettati, non rientrino appunto, oltre che al diritto comune, dei principi generali di diritto che individuiamo nel secondo significato da attribuire a tale formula e che altro non sarebbero quindi che una particolare categoria di norme consuetudinarie[436] che ragioni di ordine analitico inducono a tenere distinta[437].

3.2. *I principi generali di diritto: seconda nozione*

Per introdurre tale ulteriore definizione dei principi generali, dobbiamo innanzi tutto considerare che si tratta di una nozione che, da un punto di vista formale è presente sia in diritto internazionale che in diritto interno[438]. Tale nozione si riferisce infatti a dei principi generali di diritto che, come nei sistemi di diritto interno, anche in diritto internazionale costituiscono un punto di partenza o di conferma del ragionamento giuridico esprimendo il sostrato comune di una serie di norme più concrete e più operative[439]. Caratterizzati da un elevato grado di generalità ed astrattezza, questi principi costituiscono una sorta di "precondizione logica del diritto" comune ad ogni fenomeno giuridico e proprio in virtù del loro carattere molto generale, possono assumere contenuto diverso sia nel tempo sia in relazione ai vari tipi di rapporti giuridici che possono essere dati[440]. A tale categoria di principi può essere ascritto il

---

[436] S.M. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 70; H. WALDOCK, *General Course on Public International Law*, RCADI, Vol. 106, 1962, p. 57.

[437] «*Des principes comme ceux du non-recours à la force, de la non-intervention, du respect de l'indépendance et de l'intégrité territoriale des Etats et de la liberté de navigation conservent un caractère obligatoire en tant qu'éléments du droit international coutumier*», *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amériques)*, *compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, § 73, p 424.

[438] *Supra*, § 1.19.

[439] R. KOLB, *Interprétation et création du droit international. Esquisses d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2006, pp. 233-234.

[440] V.D. DEGAN, *Sources of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1997, p. 73.

principio espresso dalla formula in latino *pacta sunt servanda* che ha la caratteristica di essere un principio inerente all'esistenza stessa del diritto internazionale, una sorta di pietra angolare dell'intero sistema e in quanto tale elemento costitutivo del nucleo di quello che è stato definito diritto internazionale di coesistenza[441]. Se risaliamo a Grozio, questi riteneva che il fondamento ultimo del diritto internazionale non risiedesse nella volontà degli Stati, in quanto gli impegni reciproci non avrebbero avuto forza obbligatoria se non in virtù di una norma preesistente in grado di attribuire forza vincolante all'accordo. E tale norma, racchiusa nella formula *pacta sunt servanda*, era per Grozio una norma di diritto naturale che derivava dalla natura sociale dell'uomo[442]. Possiamo osservare sin da subito, stante la finalità del presente lavoro, che questo principio cardine del diritto internazionale è sancito nel sistema di diritto musulmano in quella che ne costituisce la fonte scritturale per eccellenza, ossia il Corano. Recita il versetto 34 della Sura XVII: «e rispettate i patti, perché dei patti vi sarà chiesto conto»[443]. Abbiamo già osservato che trattandosi di un sistema unitario, non viene posta una distinzione tra rapporti di carattere interno e rapporti con l'esterno, per cui tale norma è da considerarsi operante nelle relazioni "internazionali" dei potentati islamici.

La corrispondenza evidenziata, pur meritevole di sottolineatura, non è tuttavia idonea a dimostrare un contributo del diritto di matrice islamica ai principi generali di diritto, bensì a indicare una sorta di patrimonio giuridico comune, in sé preesistente alla stessa formazione del fenomeno giuridico internazionale, ma funzionale a un'adesione a tale sistema da parte dei Paesi di tradizione islamica, la cui soggettività internazionale nella forma Stato si afferma nella maggior parte dei casi in un periodo molto successivo a quello che nel contesto europeo ha portato alla formazione del diritto internazionale[444].

---

[441] *Supra* § 1.3, nota 20

[442] E. JIMENÉS DE ARÉCHAGA, *The Grotian heritage and the concept of a just world order*, in: *International Law and the Grotian Heritage*, T.M.C. Asser Instituut, The Hague, 1985, p. 17.

[443] Corano, XVII, 34; si veda anche V, 1: "O voi che credete, adempite i patti".

[444] *Supra §*1.11, nota 106. Si può a tal proposito considerare anche quanto afferma M. Bedjaoui nell'esposizione orale relativa al parere consultivo della Corte internazionale di giustizia sul Sahara occidentale (1975): «*au moment où, par exemple, la notion d'Etat s'imposait en Occident, on en vint à considérer que toute société humaine devait être organisée selon les critères occidentaux du pouvoir et sous une forme étatique du type occidental. Cette distinction a permis de faire déclarer unilatéralement par les Etats européens candidats aux conquêtes coloniales quels territoires étaient sans maître et quels autres ne l'étaient pas*». Bedjaoui cita inoltre una dichiarazione del capo di Stato francese che durante la guerra di liberazione algerina affermava che «*Depuis que le monde est monde, l'Algérie n'a jamais constitué un Etat*», Exposé oral de M. Bedjaoui, *C.I.J.*, *Mémoires, Sahara occidental*, vol. IV, p. 454.

3.3. *I principi generali nella discussione del Comitato incaricato di redigere lo Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale in una prospettiva storica*

A parte il principio *pacta sunt servanda* e la sua precipua posizione apicale, se consideriamo i principi che stiamo analizzando in una prospettiva storica, procediamo distinguendo la fase antecedente allo Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale, da quella successiva, in quanto con lo Statuto della Corte viene fissata una nozione di principi generali che assume carattere di diritto positivo, secondo cui la Corte, come già richiamato, ai sensi dell'articolo 38.1. 3) applica i "principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili". È in questa formula che analizzeremo più innanzi, che individuiamo il terzo significato della nozione di principi generali. Di fatto, l'interesse della dottrina in merito ai principi generali si è evidenziato prevalentemente a partire dagli anni venti del secolo XX, vale a dire proprio a seguito della formalizzazione dei principi ai sensi dell'articolo 38, laddove nella prassi il ricorso ai principi generali è ampiamente documentato anche nel periodo precedente al 1920[445].

Ricorreremo dunque in questo stadio ad un'analisi delle voci dei giuristi incaricati di redigere lo Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale, e ciò non ancora per elucidare il significato della nozione dei principi generali ai sensi dell'articolo 38, ma per verificare quale fosse la concezione dei principi generali prima che questi ricevessero una consacrazione formale, un momento in cui non poteva esservi distinzione dottrinale tra i principi che ricadono nel secondo significato che abbiamo individuato e la nozione dei principi generali che ricade invece nel terzo significato.

3.4. *Segue: La natura dei principi generali*

La discussione in seno al Comitato incaricato di redigere lo Statuto, in merito alle regole che dovevano servire da base alle sentenze della Corte, si apre nel corso della 13ª Sessione[446] e si articola sulla proposta elaborata dal delegato belga Descamps secondo cui, nell'ordine, oltre al diritto internazionale convenzionale e alla consuetudine internazionale, la Corte avrebbe applicato «*les règles de droit international telles que*

[445] B. CHENG, *General principles of law as applied by international Courts and Tribunals*, Stevens & Sons, London, 1953, pp. xxxv-xxxviii; F. SALERNO, *Principi generali di diritto* (*diritto internazionale),* Digesto pubbl., *cit*., p. 529.
[446] LAPRADELLE, C.P.J.I., *Comité consultatif de Juristes, Procès-verbaux des Séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920 avec Annexes, La Haye*, 1920, 13ième séance, 1 juillet, p. 287.

les reconnaît la conscience juridique des peuples civilisés»[447]. Non sarà questa la versione definitiva che avrà l'articolo 38.1 3) che si deve invece a un testo emendato proposto dallo statunitense Root, secondo cui la Corte applica «*les principes généraux de droit reconnus par les peuples civilisés*»[448]. Questo nella versione in Francese. La versione Inglese del testo invece, così come nella proposta elaborata da Descamps, parla di "*civilized nations*" e infatti, il testo dell'articolo 38.1 3) dello Statuto, nella versione in lingua francese, parlerà di "*nations civilisées*"[449], secondo la lettura datane nel rapporto finale del Comitato[450].

Fatta questa precisazione anche di ordine linguistico, la cui portata non ci attardiamo qui ad analizzare[451], veniamo dunque a considerare quale concezione i giuristi parte del Comitato avessero dei principi generali, non tanto e non solo in rapporto al testo che emergerà dalla discussione, ma per la rilevanza attribuita dalla successiva dottrina ai lavori preparatori al fine della comprensione delle questioni teoriche inerenti alla nozione dei principi generali ai sensi dell'articolo 38. In merito a quest'ultima tuttavia, trattandosi di diritto positivo, vedremo in seguito quali siano stati gli orientamenti dottrinali e le manifestazioni della prassi.

Trascureremo in questo passaggio le motivazioni e le discussioni relative all'opportunità di inserire questa fonte tra quelle a cui la Corte avrebbe potuto far ricorso, per soffermarci su come venga intesa la natura dei principi e su quale ne fosse il contenuto sostanziale adombrato dai membri del Comitato, visto anche che, come ebbe

---

[447] Proposition du Baron Descamps, *Ivi*, *Annexe N. 3*, p. 306.

[448] Texte amendé présenté par Mr. Root, C.P.J.I., *Comité consultatif de Juristes, Procès-verbaux des Séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920 avec Annexes, Annexe N.1, La Haye*, 1920, 15ième séance, 3 juillet, p. 344.

[449] C.P.J.I, Série D – N. 1, *Statut de la Cour*, p. 20.

[450] Rapport, C.P.J.I., *Comité consultatif de Juristes*, cit., *Annexe N.1,* 34ième séance, 24 juillet, p. 730. Nel rapporto finale l'articolo in questione è il numero 35.

[451] Non possiamo conoscere quali siano i motivi che in questa fase dei lavori hanno portato all'impiego di due parole diverse nelle versioni inglese e francese del testo, posto che si tratta di due termini che presentano una traducibilità quasi perfetta in entrambe le lingue. Si può azzardare l'ipotesi che, poiché all'epoca era il colonialismo francese a presentare i tratti caratteristici della colonia di popolamento e che per alcune voci della dottrina per "popoli civili" dovevano intendersi i popoli degli Stati europei e del Nord e del Sud America, nonché i popoli delle loro dipendenze coloniali se popolate da europei per nascita o per discendenza, la nozione di "popolo" in tal caso, non coinciderebbe con quella di "nazione", avendo una portata più ampia, giacché inclusiva di popolazioni stabilmente residenti in territori diversi dalla madrepatria, ovvero dalla "nazione" civile. Va comunque ricordato che «*Tous les membres du Comité, à l'exception de Mr. ELIHU ROOT, s'étant exprimés en français, c'est le texte anglais des procés-verbaux qu'il convient de considérer comme une traduction, sauf pour les discours et remarques de Mr. Root* », C.P.J.I., *Comité consultatif de Juristes*, *cit*., p. IV ; J. L. GELVIN, *Storia del Medio Oriente moderno*, *cit*., p. 115 ss; J. LORIMER, *The Institutes of the Law of Nations: A Treatise of the Jural Relations of Separate Political Communities*, W. Blackwood and Sons, Edinburgh,1883-1884, pp. 101-102.

ad osservare il delegato italiano Ricci-Busatti il progetto, per com'era redatto, designava delle "fonti" più che delle "regole" di diritto[452].

È sovente richiamata in dottrina[453] l'opinione di Phillimore, delegato inglese nel Comitato, secondo la quale i principi generali «*sont ceux qui sont acceptés par toutes les nations in foro domestico; tels certains principes de procédure, le principe de la bonne foi, le principe de la chose jugée etc.*»[454]. Phillimore aveva però manifestato le proprie perplessità rispetto alla divisione delle fonti enunciata nelle proposte di Descamps e Root, in quanto riteneva che i principi enunciati al punto 3), potessero rientrare nel punto 2), ovvero nella consuetudine, perché «*c'est par la coutume qu'on arrive à la reconnaissance des principes généraux, et d'autre part la coutume se forme par la pratique suivie dans les différents documents public et solennels et par les œuvres des écrivains qui s'accordent sur en point déterminé*»[455]. Tale perplessità è condivisa da Lapradelle il quale conviene sui punti 1) e 2) (diritto convenzionale e consuetudine) e sulla prima parte del punto 3), ovvero sui «*principes généraux du*[456] *droit*» ritenendo superfluo il riferimento ai popoli civili, perché «*qui dit droit dit civilisation*». D'altro canto però, si chiede «*comment on dégage les principes généraux, si ce n'est de la coutume»*. E, ancora, se dato che si era già preso in considerazione il diritto consuetudinario, da dove allora derivare i principi generali se non dalla lettura delle decisioni giudiziarie e dalla dottrina? Quando Phillimore osserva che i principi generali sono quelli accettati da tutte le nazioni *in foro domestico*, Lapradelle fa notare che si stava approcciando la «*question si difficile et encore si obscure des limites de la coutume*». Phillimore precisa che per "principi generali di diritto" intendeva dire

---

[452] C.P.J.I., *Comité consultatif,* 15ième séance, 3 juillet, 1920, p. 338.

[453] G.GAJA, *Principi del diritto (dir. Internazionale),* Enciclopedia del Diritto, XXV, 1986, p. 537; C. FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale. Il sistema degli Stati e i valori comuni dell'umanità, Vol. I,* CEDAM, Padova, 2008, p. 103; A. BLONDEL, *Les principes généraux de droit devant la Cour permanente de justice international et la Cour international de justice*, in: *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, *cit*. p. 203; F. CASTBERG, *La méthodologie du droit international public*, RCADI, Vol. 43, 1933-I, p. 369.

[454] C.P.J.I., *Comité consultatif,* 15ième séance, 3 juillet, 1920, p. 335.

[455] *Ivi*, p. 334. Il concetto era già stato avanzato da Phillimore nel corso della 13ª e 14ª Sessione del Comitato: «*La coutume internationale étant une pratique commune acceptée comme loi par les nations, constitue en somme le droit international. Dans ces conditions, les clauses 3 et 4 ou rentrent dans la clause 2 ou constituent des additions à cette clause. Mais, d'après Lord Phillimore, on ne peut pas sortir du cadre de cette dernière clause*», C.P.J.I., *Comité consultatif,* 13ième séance, 1 juillet, 1920, p. 295. E ancora «*les points 3 et 4 du projet rentrent dans le point 2 qui a trait à la coutume internationale*», C.P.J.I., *Comité consultatif,* 14ième séance, 2 juillet, 1920, p. 311.

[456] Va notato l'uso della preposizione "*du*" ovvero "del", che per la distinzione che abbiamo posto, rinvia al secondo significato della nozione di principi generali. Tale differenziazione, sotto un profilo linguistico, è particolarmente ricorrente nella dottrina francese.

massime di diritto e Lapradelle aggiunge che i principi che sono alla base del diritto nazionale, costituiscono anche delle fonti di diritto internazionale[457].

Vediamo dunque, seguendo queste opinioni, che se i limiti della consuetudine paiono non essere definiti[458], l'assenza di chiarezza investe la nozione dei principi generali, che essi stessi, sono da considerarsi diritto consuetudinario anche qualora derivino la propria origine dal diritto nazionale. La qualcosa non è così singolare. In origine, laddove per origine si devono intendere i rapporti che intercorrevano tra potentati nel contesto europeo, ad una applicazione uniforme di certi principi generali del diritto «doveva far riscontro la normale possibilità logico-giuridica di regolamento dei rapporti interpersonali secondo parametri già applicabili nello "ius proprium" di ciascuna parte se, ed in quanto, trasferibili – grazie ai principi comuni di ogni "consuetudo terrae" – sul piano dei rapporti interpersonali dei soggetti (prìncipi o re, imperatori o papi) in condizioni di uguaglianza: nessuno all'altro subordinato e, perciò, ciascuno indipendente dal sistema *proprio* dell'altro»[459].

Phillimore del resto, in merito al principio di diritto comune della cosa giudicata, che era alla base della sentenza già richiamata da Descamps[460] resa dalla Corte permanente di arbitrato nel caso dei *Fonds pieux des Californies*[461], aveva affermato che si trattava di un principio che aveva lo stesso carattere di una qualsiasi altra regola scritta e che «*En général tous les principes du droit commun sont applicables aux rapports internationaux. Ce sont en fait des règles de droit international*»[462]. Condividendo sostanzialmente la stessa opinione, il delegato di Norvegia Hagerup, dichiarava che si sarebbe ritenuto soddisfatto se i giudici della Corte permanente avessero reso i loro giudizi «*d'après les mêmes principes que les juges anglais, et que les juges nationaux en général*»[463].

I principi di diritto dunque vengono rilevati a partire dal diritto consuetudinario quale espressione consolidata di un fondo comune di principi presenti negli ordinamenti

---

[457] C.P.J.I., *Comité consultatif,* 15ième séance, 3 juillet, 1920, p. 335.
[458] J. A. BARBERIS, *La coutume est-elle une source de droit international?,* in: *Le Droit International au service de la paix, de la justice et du développement, Mélanges Michel Virally*, *cit.* , pp. 43-52.
[459] G. BATTAGLINI, *Il riconoscimento internazionale dei principi generali di diritto*, in: *Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione. Studi in onore di Roberto Ago*, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 110-112.
[460] C.P.J.I., *Comité consultatif,* 14ième séance, 2 juillet, 1920, p. 310.
[461] C.P.A., *Affaire du Fonds pieux des Californies*, Les Etats-Unis d'Amerique c. Les Etats-Unis Mexicains, 1902.
[462] C.P.J.I., *Comité consultatif,* 14ième séance, 2 juillet, 1920, p. 316.
[463] *Ivi*, p. 317.

interni e nel caso concreto vengono fatti affiorare dal giudice che, nella prospettiva dei membri del Comitato, partecipa di una comune cultura giuridica la quale, come sovente richiamato nel corso della discussione, è quella del diritto anglo-americano e del diritto continentale, fatto salvo il riferimento da parte di Fernandes e Altamira, delegati di Brasile e Spagna, al diritto iberico[464], comunque di matrice continentale. Si tratta di un ambiente giuridico comune, anche se non identico, tanto che le divergenze di opinione che emergono tra i membri del Comitato, secondo l'avviso di Root, non sono delle divergenze sostanziali, ma derivano «*en grande partie leur origine des différences qui existent entre le droit continentale et le droit anglo-américain. Ces différences sont à la base de la plupart des controverses*»[465], ma rimangono delle divergenze che possono trovare una composizione. Tali divergenze non sono tuttavia ascrivibili alle sole tradizioni giuridiche nazionali dei membri del Comitato, ma dipendono anche da singoli orientamenti dottrinali improntati al positivismo giuridico o al giusnaturalismo che in seno al Comitato emergono con maggiore evidenza rispettivamente nelle posizioni assunte da Root e da Descamps.

3.5. *Segue*: *Come vengono elaborati i principi generali*

Abbiamo sin qui voluto indagare quale fosse la concezione della nozione di principi generali nell'ottica dei giuristi che hanno elaborato lo Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale. Ne risulta una concezione che vede nei principi una particolare categoria di norme consuetudinarie, partecipando perciò della medesima natura dei principi che abbiamo individuato nel secondo significato attribuito alla nozione di principi generali. In sostanza si tratta di diritto consuetudinario che in ragione della sua diretta formazione negli ordinamenti interni, motivi di ordine analitico rendono opportuno che si identifichi in una posizione a sé stante, dato che, viceversa, non potremmo nemmeno parlare di una nozione di principi generali di diritto.

Abbiamo già osservato che i principi ricadenti nel secondo significato rappresentano una categoria di principi che formalmente è presente anche in diritto interno. Ci soffermiamo brevemente sulla concezione di tali principi in diritto interno, sempre nel solco della tradizione giuridica occidentale, per mettere in evidenza la logica giuridica

[464]C.P.J.I., *Comité consultatif,* 15ième séance, 3juillet, 1920, pp. 340-341.
[465] C.P.J.I., *Comité consultatif,* 15ième séance, 3 juillet, 1920, p. 342. Si tratta di divergenze che, in merito ai principi generali, continueranno ad essere evidenziate anche molto più tardi. Sul punto: M. SØRENSEN, *Principes de droit international public*, *Cours général*, RCADI, Vol. 101, 1960 -III, p. 31.

che vi è sottesa. I due piani – diritto interno, diritto internazionale – vanno mantenuti distinti, soprattutto per quanto attiene alla natura dei principi nei due ordini, ma una simile puntualizzazione sarà utile a cogliere certe assonanze che si ritrovano anche nella struttura del ragionamento in diritto internazionale. Ci affidiamo dunque a una sintesi offerta da Eduardo García Máynes in merito alle teorie elaborate sul concetto di "principi generali del diritto"[466], che delinea due principali orientamenti dottrinali. Per il primo, «i principi generali del diritto sono gli stessi principi del cosiddetto *diritto naturale*, cioè un insieme di esigenze di natura axiologica che costituiscono l'ispirazione e il fondamento delle prescrizioni degli ordinamenti positivi». Per i sostenitori di tale teoria «i principi generali possono essere oggetto di un'intuizione immediata come quella che ci permette di cogliere un valore o qualsiasi altra essenza». Il secondo orientamento invece, è descritto ricorrendo a una citazione di Carnelutti, secondo cui «i principi sono dentro il diritto stesso, poiché non si ricavano da altro che dalle norme costituite. Sono dentro il diritto scritto come l'alcool è dentro al vino; sono lo spirito e l'essenza della legge». Per questo orientamento la conoscenza dei principi generali si forma a partire dallo studio delle norme vigenti da cui per induzione vengono ricavate «le direttive axiologiche che orientano l'attività legislativa»[467].

Svolta questa puntualizzazione, ritorniamo alla discussione in seno al Comitato che ha elaborato lo Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale. La prospettiva che abbiamo sin qui adottato è di tipo statico, volta cioè a fissare cosa i giuristi del Comitato ritenessero essere i principi generali in un periodo in cui la dottrina ancora non si era espressa su questo tema. La finalità dei lavori del Comitato nel redigere lo Statuto della Corte, era però quella, tra le altre, di individuare le fonti in base alle quali il nuovo organo giurisdizionale avrebbe dovuto formare i suoi giudizi. Quanto sin'ora considerato è parte integrante di questo processo, ma non dà conto di quello che è stato il dibattito in merito all'opportunità e alla necessità di inserire i principi generali tra le fonti di cui all'articolo 38. Cominciamo ora a considerare questa discussione, introducendo una prospettiva più dinamica, ovvero avvicinandoci alle problematiche su cui i giuristi del Comitato si sono confrontati avendo come riferimento quelle che

[466] E. GARCÍA MÁYNES, *Principi generali del diritto*, in: AA.VV., *Filosofia del diritto*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2002, pp. 177-189.
[467] *Ivi*, p, 179. La citazione di Carnelutti è tratta da: F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, vol. I, Cedam, Padova, 1936, p. 120.

sarebbero state le possibilità del concreto agire della Corte, mantenendo tuttavia per il momento la centralità del discorso sulla concezione della natura dei principi generali.

Abbiamo rilevato sin dall'inizio che la formulazione dell'articolo 38.1 3) si deve ad un compromesso tra due diversi orientamenti dottrinali e abbiamo detto che questi si possono riferire in particolare alle posizioni assunte da Root e Descamps. Una Dichiarazione di Fernandes, annessa alla 15ª Sessione dei lavori, cerca di conciliare queste due posizioni richiamandone i tratti essenziali e soffermandosi ancora sulla natura dei principi generali. Fernandes chiarisce che a suo avviso la questione meritava di essere affrontata giacché da essa dipendeva il futuro della Corte[468].

La posizione strettamente volontarista di Root[469], si opponeva alla possibilità che il giudice, uscendo dal ruolo che gli è proprio, avesse potuto non solo applicare il diritto internazionale, bensì crearlo. E secondo Root un grande Stato non avrebbe mai aderito a un sistema che l'avesse esposto alla possibilità di un giudizio in cui fossero applicate delle norme giuridiche che non avessero ricevuto la sua approvazione o peggio, di cui esso avesse contestato la legittimità in modo sistematico. Per Fernandes queste considerazioni potevano essere valevoli per tutti gli Stati, non solo per gli Stati più importanti. Ma ugualmente dovevano essere considerate le ragioni di Descamps, emerse nel corso della discussione e altresì affidate a una dichiarazione che il giurista belga aveva indirizzato ai membri del Comitato[470] per meglio precisare il suo punto di vista in merito alla proposta avanzata sulle norme che la Corte avrebbe dovuto applicare[471]. Nella sua Dichiarazione Descamps respinge la considerazione che la sua proposta, in particolare quella relativa al punto 3), avrebbe consegnato all'arbitrio del giudice l'amministrazione della giustizia internazionale, dato che il suo intento era viceversa quello di definire e al contempo limitare i poteri conferiti al giudice. La critica che gli veniva rivolta significava a suo modo di vedere, una conoscenza malferma di quello che era all'epoca lo stato del diritto internazionale e del ruolo del giudice. La questione controversa era quella di elucidare se dopo aver segnalato il diritto convenzionale e la

---

[468] Déclaration de M. Fernandes, C.P.J.I., *Comité consultatif de Juristes, Annexe N.2, La Haye*, 1920, 15ième séance, 3 juillet, pp. 345-346.

[469] «*Mr. Root ne parvient pas à comprendre le sens exact de la 3ème clause. Fait-elle allusion à quelque chose qui a été reconnu, sans avoir pour cela revêtu le caractère d'une règle de droit positif?*» e ancora «*Est-il possible d'obliger les nations à soumettre leurs différends a une Cour qui n'appliquerait pas seulement le droit, mais ce qu'elle considère comme la notion du droit, telle qu'elle existe dans la conscience des peuples civilisés?*», *Comité consultatif de Juristes*, 13ième séance, 1 juillet, pp. 293-294.

[470] Déclaration de M. Fernandes, C.P.J.I., *cit*., p. 345.

[471] Discours de M. le Baron Descamps concernant les normes d'application du droit, C.P.J.I., *Comité consultatif de Juristes, Annexe N.1, La Haye*, 1920, 14ième séance, 2 juillet, pp. 322-325.

consuetudine, a titolo complementare dovesse essere segnalata «*la norme de la justice objective dans des conditions qui soient précisément de nature à prévenir l'arbitraire*»[472]. L'impostazione improntata al giusnaturalismo viene confermata nel ritenere un errore pensare che «*les nations ne puissent être engagées que dans des rapports qu'elles ont constitués par leur volonté concertée*». La giustizia oggettiva è per Descamps la norma naturale che si impone al giudice e l'unica questione da risolvere era dunque quella di «*attacher le juge des règles de nature à le guider sûrement*», poiché sarebbe stato impossibile mettere il giudice nella condizione di pronunciare un diniego di giustizia in assenza di convenzioni o di consuetudini determinate, quando vi fosse una soluzione che in modo manifesto fosse conforme alla giustizia. E tale soluzione Descamps la individua nella dottrina concordante dei giureconsulti più autorevoli e nella coscienza giuridica delle nazioni civili nelle sue manifestazioni più eclatanti, poiché «*il n'y a là rien qui ne soit approuvé déjà par l'assemblèe des Etats civilisés dans d'unanimes déclarations, soit concernant l'état de paix, soit concernant l'état de guerre*».

Descamps sta qui argomentando le ragioni della sua proposta che testualmente non menziona i principi generali, ma come abbiamo visto «*les règle de droit international telles que les reconnaît la conscience juridique des peuples civilisés*»[473]. Queste regole di diritto internazionale che nella versione di Root diverranno i principi generali e dove le opinioni dottrinali saranno previste tra le fonti al punto 4 dell'articolo 38.1, sono sì distinte dalla consuetudine, ma già approvate dall'insieme degli Stati civili, sono cioè considerate preesistenti al momento in cui il giudice le avrebbe applicate. E sono per Descamps «*la loi du juste e de l'injuste, telle qu'elle est gravée et tracée de façon ineffaçable au cœur des peuples civilisés*», l'elemento che per eccellenza è alla base del progresso del diritto internazionale[474].

Fernandes nella sua Dichiarazione ravvisa il problema evidenziato da Descamps e ampiamente discusso in seno al Comitato, dell'eventualità della pronuncia di un *non liquet* da parte del giudice internazionale se, fatto salvo il diritto convenzionale, secondo l'impostazione data da Root il giudice avesse dovuto fare affidamento solo sulla consuetudine. Fernandes ritiene che delle controversie che derivino da rapporti giuridici intercorrenti tra gli Stati, esigano in virtù della loro natura la possibilità di una soluzione

[472] *Ivi*, p.323.
[473] Proposition du Baron Descamps, *cit.*, *Annexe N. 3*, p. 306.
[474] Discours de M. le Baron Descamps, *cit*., pp. 324-325.

di tipo giudiziale e laddove tali controversie non fossero suscettibili di un regolamento sulla base del diritto consuetudinario, per assenza di precedenti o nel caso in cui questi non fossero così numerosi e sostenuti da stabilire una regola consuetudinaria, ecco che verrebbero in rilievo certi principi di diritto.

Vediamo dunque come Fernandes intende tali principi. Egli muove da un'analogia con quanto accade nei tribunali nazionali, osservando che laddove il giudice non pervenga ad individuare la norma astratta applicabile al caso concreto, si trova nella necessità di rendere un giudizio «*d'après une règle déduite des principes généraux qui inspirent et vivifient le droit national*»[475]. Dopo un "elogio" dei principi di chiara impronta giusnaturalista «*car les principes s'inspirent toujours de la justice*», ecco che si pone la domanda dirimente: forse che il giudice ricorrendo ai principi crea una norma giuridica e compie quindi opera di legislatore? Certo che no. Per Fernandes il giudice non fa che mettere in luce una regola latente, una regola che è legittima «*car elle était contenue logiquement dans un principe auquel le consentement national était acquis*» e «*Ce qui est vrai et légitime dans le domaine national, par des raisons qui tiennent de la logique, et non par concession arbitraire de la souveraineté, ne peut pas être faux et illégitime dans le domaine international, où, d'ailleurs, la législature faisant défaut et la règle coutumière étant de formation très lente, la nécessité pratique d'admettre l'empire d'une telle vérité s'imposera d'avantage*»[476]. Fernandes ritiene superfluo fornire degli esempi di regole che non abbiano base convenzionale o consuetudinaria ma che «*s'imposent irrésistiblement à la raison des peuples par la force des principes desquels on les a deduites*» e l'unico limite che pone al ricorso da parte del giudice a tali regole è che i principi di diritto internazionale non siano stati rigettati prima della controversia dalla tradizione giuridica di uno degli Stati in lite[477].

Il tentativo di conciliare le posizioni di Root e Descamps non dissimula l'orientamento giusnaturalista di Fernandes che affiora nelle affermazioni per cui i principi s'ispirano sempre alla giustizia e si impongono alla ragione dei popoli. Il fondamento nel diritto naturale dei principi di diritto, nella visione di Fernandes, si ravvisa però per quanto attiene ai principi in diritto interno. Benché ai principi generali in diritto internazionale egli non attribuisca natura di diritto consuetudinario, come invece nel caso di Phillimore e Lapradelle, è altresì vero che seguendo l'analogia che

[475] Déclaration de M. Fernandes, C.P.J.I., *cit*., pp. 345-346.
[476] *Ivi,* p. 346.
[477] *Ivi*.

pone con il diritto interno, dove il giudice ricorrendo ai principi non fa che mettere in luce una norma latente, va osservato che si tratta di una norma sulla quale si ritiene acquisito il consenso della società nazionale di riferimento. Se, come dice Fernandes, per delle ragioni che hanno attinenza con la logica, ciò che è vero nel contesto degli ordinamenti interni, non può essere falso in diritto internazionale, ecco che il consenso in diritto internazionale altro non può essere che il consenso degli Stati.

Il problema che rimane aperto è il modo in cui tale consenso si manifesta. Un consenso acquisito implica che vi sia stata una forma di manifestazione concordante degli Stati rispetto a un dato principio. E se è vero che l'unica condizione per cui un principio di diritto interno non potrebbe essere preso in considerazione dal giudice internazionale, è quella di un manifesto rigetto di tale principio da parte di una tradizione giuridica nazionale, ecco che il consenso in positivo di uno Stato rispetto ad un dato principio di diritto, si manifesta qualora quel principio sia presente nel suo ordinamento interno. Si tratterebbe dunque di un consenso tacito che implica però una ricognizione dei principi di diritto che sono concretamente operativi negli ordinamenti interni.

L'operatività di un principio sul piano del diritto interno, sarebbe dunque la misura del consenso dello Stato verso l'operatività di quel medesimo principio sul piano del diritto internazionale, fatta salva la concreta possibilità della trasposizione nel sistema di relazione tra Stati, di un principio di diritto interno comune a più ordinamenti.

C'è un ulteriore elemento da segnalare: è il giudice che fa affiorare la norma, latente in diritto internazionale, ma già manifestata in diritto interno. Questo passaggio, che mantiene l'analogia posta da Fernandes col diritto nazionale, sarebbe l'unico elemento distintivo dei principi generali rispetto al diritto consuetudinario. Una volta però che un dato principio sia stato acquisito per via giudiziale al sistema di diritto internazionale, senza che si siano constatate obiezioni da parte degli Stati, ecco che si può ritenere che rispetto a un dato principio si sia formato un consenso, reso manifesto dalla pronuncia della Corte a cui gli Stati hanno deciso di sottoporre la loro controversia adempiendo poi al dettato della sentenza. Abbiamo già evidenziato come Lapradelle riflettesse sul fatto che se i principi generali non si fossero ricavati dal diritto consuetudinario, essi non sarebbero potuti derivare che dalle decisioni giudiziarie e dalla dottrina, pur

ammettendo che la questione non era di facile soluzione[478]. Loder, delegato dei Paesi Bassi in seno al Comitato, d'altro canto già aveva rilevato che, parlando di regole riconosciute e rispettate dal mondo intero, ma che ancora non possedevano il carattere di diritto positivo spettava esattamente alla Corte «*le devoir de développer le droit, de faire "mûrir" les coutumes et les principes universellement reconnus, et de les cristalliser sous forme de règles positives*», ovvero di fissare la giurisprudenza internazionale[479] e parrebbe quindi che, secondo questa voce, non solo la Corte farebbe "emergere" i principi generali, ma anche la consuetudine. Pur non essendo una posizione formalmente condivisibile, ciò che rileva è che principi e consuetudine vengono posti sullo stesso piano.

3.6. *I principi generali che emergono dalla discussione*

Dopo aver esaminato come i giuristi intendessero i principi, chiediamoci quali sono i principi generali che emergono dalla discussione.

È di interesse la posizione assunta su questo punto da Ricci Busatti, perché oltre ad offrire degli esempi sui principi generali, delinea in qualche modo la distinzione tra principi generali del diritto e principi generali di diritto.

Il giurista italiano dice di condividere la posizione di Root in merito al fatto che la Corte non debba assumere il ruolo di legislatore. Tuttavia, egli sostiene che laddove si ravvisi l'assenza di una regola di diritto positivo, ovvero un limite internazionale alla libertà delle Parti, ugualmente sarebbe stabilita una situazione giuridica: «*Ce qui n'est pas défendu est permis; voilà un principe général de droit que la Cour aura à appliquer*»[480]. "Ciò che non è giuridicamente proibito è giuridicamente permesso": è questo un principio presente anche in diritto interno – sempre limitandoci all'orizzonte

---

[478] *Supra, §* 3.4.
[479] C.P.J.I., *Comité consultatif,* 13ième séance, 1 juillet, 1920, p. 294.
[480] RICCI BUSATTI, C.P.J.I., *Comité consultatif,* 14ième séance, 2 juillet, 1920, p. 314. Così la Corte permanente di giustizia internazionale nella sentenza Lotus, secondo cui il diritto internazionale lascia agli Stati un'ampia libertà *«qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives; pour les autres cas, chaque État reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables*», C.P.J.I., *Affaire du "Lotus",* del 07.09.1927, Série A- N. 10, p. 19. Più sfumate o di compromesso le conclusioni della Corte di giustizia internazionale nel parere reso sulla Liceità della minaccia o dell'impiego di armi nucleari. La Corte infatti afferma che «*Ni le droit international coutumier ni le droit international conventionnel n'autorisent spécifiquement la menace ou l'emploi d'armes nucléaires*» e che «*Ni le droit international coutumier ni le droit international conventionnel ne comportent d'interdiction complète et universelle de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires en tant que telles*», *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J.Recueil 1996*, p. 266.

giuridico dell'Occidente – ma proprio del diritto internazionale, *a prescindere* dalla sua operatività negli ordinamenti interni. Richiamiamo tuttavia un'analisi di tale principio nel diritto interno: si tratterebbe di un enunciato che non ha il carattere della normatività, né che può servire a colmare le lacune della legislazione, in quanto si tratta di un giudizio enunciativo, puramente analitico[481]. Ritornando sul piano del diritto internazionale, possiamo ritrovare la medesima logica nel prosieguo del discorso di Ricci Busatti: di fronte ad una controversia portata innanzi alla Corte, laddove si constatasse che non vi sono delle regole che possono essere applicate, la Corte dovrà dichiarare che il comportamento dello Stato in causa non ha violato nessuna regola ammessa. Altri principi del medesimo ordine sono per Ricci Busatti il principio che proibisce l'abuso di diritto e il principio della cosa giudicata. Vi sarebbero inoltre delle regole generali di equità e di giustizia che entrerebbero in gioco in ogni caso. Non si tratterebbe dunque di creare delle regole inesistenti ma «*d'appliquer des règles générales qui permettent de résoudre toute question*»[482]. Queste regole generali si possono configurare come principi generali *del* diritto. Ricci Busatti prosegue illustrando la sua posizione con un esempio attinente all'estensione del mare territoriale, per cui all'epoca non erano date delle regole di diritto internazionale. In caso di lite tra due Stati su una simile questione, la Corte si sarebbe dovuta limitare alla constatazione dell'assenza di una regola di diritto internazionale generalmente ammessa e, dopo questa constatazione, a riconoscere che le disposizioni in merito adottate negli ordinamenti interni dei singoli Paesi, erano ugualmente legittime, purché non in contrasto con altri principi come ad esempio quello della libertà dei mari. È chiaro che procedendo in questo modo la controversia non avrebbe potuto trovare una composizione, ma c'è un'osservazione che Ricci Busatti offre a margine dell'esempio fatto che suggerisce, forse, quale potesse essere la soluzione. Premettendo la preghiera di non essere frainteso, il giurista annovera nel catalogo delle regole generali cui già aveva fatto allusione, il principio secondo il quale «*dans certaines situations particulières le plus fort prime de droit le plus faible*»[483]. L'affermazione di un siffatto principio, benché connotata da una marcata impronta di realismo, presenta una certa ambiguità, perché non chiarisce in che modo la Corte avrebbe potuto farvi ricorso senza violare il principio di parità tra gli Stati. Poiché però il discorso era conseguente

[481] E. GARCÍA MÁYNES, *Principi generali del diritto*, *cit*., p. 180.
[482] RICCI BUSATTI, C.P.J.I., *Comité consultatif,* 14ième séance, 2 juillet, 1920, pp. 314-315.
[483] *Ivi*, p. 315.

all'affermazione di un'uguale legittimità delle norme di diritto interno degli Stati, le quali, laddove possibile, se trasposte in diritto internazionale *de facto* o per il tramite della previsione di quello che sarà l'articolo 38 dello Statuto della Corte, sarebbero andate a costituire parte del sistema normativo internazionale, ecco che il prevalere di diritto di uno Stato più forte su uno più debole, induce alla conclusione che in assenza di una norma giuridica internazionale idonea a regolare un caso specifico, le norme di diritto interno dello Stato "più forte" possano essere trasposte in diritto internazionale, assumendo valore normativo anche per lo Stato "più debole" laddove esse si configurassero come principi generali *di* diritto. Principi generali che in tal caso avrebbero natura di norme sostanziali.

Troviamo un altro principio definito "principio fondamentale del diritto" indicato da Ricci Busatti: si tratta del principio secondo cui la legge speciale prevale sulla legge generale[484].

Come già richiamato, Phillimore annovera tra i principi generali il principio della cosa giudicata, definito principio «*de droit commun*», così come il principio in base al quale la parte che agisce in giudizio deve dimostrare la sua tesi a pena di veder rigettare l'istanza[485]. Sempre Phillimore, come già menzionato, cita il principio di buona fede e genericamente taluni principi di procedura[486].

Nel corso della discussione non emerge la definizione di altri principi e ci affidiamo perciò, in conclusione, a una definizione generalissima data da Descamps, che vede nei principi delle regole «*nécessairement liées à l'économie essentielle des rapports sociaux dans la vie internationale*»[487] con una chiara impostazione che oggi potremmo definire di orientamento oggettivista.

A fronte dei pochi esempi concreti emersi nel corso della discussione dobbiamo però ricordare che, se all'epoca in cui i giuristi del Comitato redassero lo Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale, non era maturata una riflessione dottrinale sui principi generali, erano però numerosi i casi in cui, senza che esistesse un'apposita previsione, i giudici internazionali avevano fatto ricorso ai principi generali per emettere i loro giudizi, attingendo a un patrimonio giuridico comune derivato dal diritto interno e dalla tradizione romanistica che per lo più ne costituiva il fondamento. Questa prassi

[484] RICCI BUSATTI, C.P.J.I., *Comité consultatif,* 15ième séance, 3 juillet, 1920, p. 337.
[485] PHILLIMORE, C.P.J.I., *Comité consultatif,* 14ième séance, 2 juillet, 1920, p. 316.
[486] C.P.J.I., *Comité consultatif,* 15ième séance, 3 juillet, 1920, p. 335.
[487] Discours de M. le Baron Descamps concernant les normes d'application du droit, C.P.J.I., *Comité consultatif de Juristes, Annexe N.1, La Haye*, 1920, 14ième séance, 2 juillet, p. 324.

chiaramente è nota ai membri del Comitato e lo sforzo nella redazione dello Statuto della nuova Corte, è dunque quello di inquadrare tale fenomeno produttivo di diritto in una regola di diritto positivo. La natura dei principi generali pare però confondersi con quella della consuetudine nelle opinioni di Phillimore e Lapradelle e la ricostruzione datane da Fernandes porta a una costruzione dei principi generali per via giudiziale, che una volta emersi si consoliderebbero in diritto consuetudinario. Si tratterebbe cioè di una precipua modalità di formazione di diritto consuetudinario che, data la sua origine, su di un piano formale dev'essere tenuta distinta dal corpo del diritto generale nella nozione dei principi generali di diritto.

Cerchiamo di illustrare con un esempio tratto dalla prassi antecedente allo Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale, qual era il modo di procedere dell'arbitro internazionale e come venissero intesi e individuati i principi generali. Ciò sarà utile per meglio definire il contesto di riferimento dei giuristi che hanno elaborato lo Statuto della Corte.

3.7. *Il caso delle indennità russe*

Consideriamo dunque a titolo esemplificativo il caso delle indennità russe del 1912[488] sottoposto alla Corte Permanente di Arbitrato. In sintesi, la questione muoveva dalla richiesta della Russia in merito a degli interessi moratori che la Sublime Porta avrebbe dovuto corrispondere in ragione del ritardo con cui aveva adempiuto all'obbligo di pagare delle indennità a favore di soggetti e istituzioni russi in territorio ottomano, per i danni da questi subiti a causa della guerra che aveva opposto i due Stati nel 1877-1878. Tali indennità erano previste dall'articolo 5 del trattato di Costantinopoli del 1879 con cui si erano concluse le ostilità, che prevedeva altresì che l'entità delle indennità fosse da valutarsi ad opera dell'Ambasciata russa e comunicata alla Sublime Porta. Questa operazione si era conclusa nel febbraio del 1881 con la richiesta di pagamento da parte dell'Ambasciata russa, contestualmente alla comunicazione degli importi da pagare. I pagamenti furono effettuati però solo con grande ritardo e in modo scaglionato e solo a seguito di costanti solleciti da parte dell'Ambasciata Russa che, nel 1890-91 fece espressa richiesta del capitale e degli interessi di mora. Gli interessi furono

[488] C.P.A., *Affaire des indemnités russes (Dommage-intérêts réclamés par la Russie pour retard apporté dans le paiement des indemnités dues aux particulières russes lésés par la guerre de 1877-1878)*, Empire Russe c. Empire Ottoman, 11 Novembre 1912.

nuovamente richiesti nel 1902 in un momento in cui la Sublima Porta aveva quasi completamente estinto il suo debito. Il rifiuto della Sublime Porta al pagamento degli interessi è alla base della controversia deferita alla Corte Permanente di Arbitrato con un compromesso siglato dalle due parti nel 1910.

La Russia fonda la sua pretesa sulla «*responsabilité des Etats pour inexécution de dettes pécuniaires*» da cui deriverebbe «*l'obligation de payer des intérêts moratoires*». A sostegno del principio generale della responsabilità degli Stati, la Russia invocava numerose sentenze arbitrali nelle quali tale principio era stato affermato. Il Governo ottomano per contro, pur ammettendo il principio della responsabilità degli Stati, «*déclare inopérants la pluspart des précédents arbitraux invoqués, comme ne s'appliquant pas à cette catégorie spéciale*» e sostiene che in diritto internazionale pubblico, degli interessi di mora non possano essere pretesi in assenza di una stipulazione espressa e che senza pensare di sostenere «*qu'aucune règle observable entre particuliers ne puisse être appliquée entre Etats*» uno Stato «*n'est pas un débiteur comme un autre*». Quindi le regole valevoli tra individui possono essere applicate agli Stati, ma tenendo conto della particolare natura di questi ultimi. La Sublime Porta, ammessa da poco a "partecipare dei vantaggi del diritto pubblico e del concerto Europei"[489] ne ha adottato il linguaggio e cita alcune legislazioni che riconoscono allo Stato debitore una situazione privilegiata, come ad esempio una legge francese del 1831 che istituiva una prescrizione estintiva di cinque anni per i debiti dello Stato o il principio di diritto romano *fiscus ex suis contractibus usuras non dat.* Ancora, la tesi difensiva del Governo ottomano, si basa su delle considerazioni che mirano a distinguere delle responsabilità diverse in ragione della loro origine e della loro estensione e per farlo ricorre alla «*théorie des responsabilités en Droit romain et dans les législations inspirées du Droit romain*», per concludere, dopo aver analizzato la teoria della responsabilità in diritto interno, che in diritto internazionale pubblico la responsabilità speciale consistente nel pagamento di interessi moratori in caso di ritardo nel regolamento di un debito di natura pecuniaria, non esiste per lo Stato debitore.

Il Tribunale non ravvisa delle differenze essenziali tra le diverse forme di responsabilità e ritiene che non si debbano esagerare le distinzioni operate in diritto civile anche alla luce delle tendenze delineatesi in molte legislazioni (allora) recenti, derivate dal Diritto romano e afferma dunque che il principio generale della

[489] Supra, § 2.8, nota 410.

responsabilità degli Stati implichi una responsabilità speciale nel caso di ritardo nel pagamento di un debito pecuniario, *salvo* che non sia dimostrata l'esistenza di una consuetudine internazionale contraria. Le norme di diritto interno vengono perciò assunte in diritto internazionale nella misura in cui non contrastino con il diritto internazionale generale vigente, definendo così un principio gerarchico che è quello che si ritroverà dell'ordine di elencazione delle fonti dell'articolo 38.1 dello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale, benché, va detto, non vi sia concordia in dottrina sul fatto che l'ordine con cui le fonti sono enunciate, costituisca una gerarchia[490].

Il Tribunale però specifica un ulteriore elemento: il Governo ottomano, per inficiare la stretta analogia che esiste in diritto privato tra le diverse forme di responsabilità, avrebbe dovuto dimostrare l'esistenza di una consuetudine che derogasse in materia di debito pecuniario al principio generale della responsabilità o avvalersi di precedenti in base ai quali la corresponsione di interessi moratori fosse stata negata. Questa prova non era stata fornita e viceversa il Governo Russo poteva fondare la sua pretesa su diverse sentenze arbitrali nelle quali gli interessi moratori erano stati riconosciuti a degli Stati (Messico-Venezuela, 2 ottobre 1903; Colombia-Italia, 9 aprile 1904; Stati Uniti-Venezuela, 5 dicembre 1885), quindi, afferma il Tribunale riferendosi sempre alla responsabilità degli Stati, «*la coutume internationale et les précédents concordent avec ces principes*» (par. II.4). In questo caso il diritto consuetudinario e i principi affermatisi nei precedenti giudiziali appaiono essere posti sullo stesso piano quanto alla loro funzione regolatoria in diritto internazionale. La gerarchia già delineata tra consuetudine e principi dedotti dal diritto interno, potrebbe dunque essere sostenuta fintanto che quei principi non siano stati affermati in diritto internazionale attraverso l'operato del giudice. Una volta che questi principi siano "emersi" in cosa si differenzierebbero dalla consuetudine se non per la modalità con cui si sono costituiti? L'Impero ottomano

[490] C.P.J.I., *Comité consultatif,* 15ième séance, 3 juillet, 1920, p. 337. Si consideri sul punto la Corte internazionale di giustizia nel caso Gabčíkovo-Nagymaros sul "principio di applicazione per approssimazione" invocato dalla Slovacchia: «*It is not necessary for the Court to determine whether there is a principle of international law or a general principle of law of "approximate application" because, even if such a principle existed, it could by definition only be employed within the limits of the treaty in question*», *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I. C. J. Reports 1997,* § 76. In generale in dottrina, il rapporto tra i principi generali e le altre fonti di diritto internazionale dipende prevalentemente dal tipo di natura giuridica che viene attribuito ai principi, cfr.: C. FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale, Vol. I, cit*., pp. 107-108, p. 190; G. SCELLE, *Essai sur les sources formelles du droit international*, in: *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tome. III, Recueil Sirey, 1934, p. 412, p. 425.

aveva dichiarato in modo esplicito di non riconoscere i precedenti arbitrali anche se in merito a una categoria speciale di responsabilità che il Tribunale tuttavia esclude, ma ciò nonostante i precedenti arbitrali vengono assunti a prova dal Tribunale al pari della consuetudine.

Il Tribunale non ammette dunque eccezioni al principio di responsabilità degli Stati in materia di debito pecuniario, come l'Impero Ottomano aveva invece tentato di dimostrare, ma resta da chiarire in cosa consista esattamente tale responsabilità e per farlo, dice il Tribunale, conviene ricercare «*en procédant par analogie comme l'ont fait les sentences arbitrales invoquées, les principes généraux de droit public et privé en cette matière, tant au point de vue de l'étendue de cette responsabilité qu'à celui des exceptions opposables*». I principi generali così definiti sono dunque le norme sostanziali che regolano la materia in diritto interno e che vengono individuate procedendo per analogia secondo quella che era la prassi consolidata dei tribunali arbitrali. Il Tribunale non procede ad un'analisi comparata delle legislazioni di diritto interno, ma assume che «*Les législations privées des Etats faisant partie du concert européen admettent toutes, comme le faisait autrefois le Droit romain, l'obligation de payer au moins des intérêts de retard à titre d'indemnité forfaitaire lorsqu'il s'agit de l'inexécution d'une obligation consistant dans le payement d'une somme d'argent fixée conventionnellement, liquide et exigible, et cela à partir de la mise en demeure du débiteur*». Al di là del principio affermato, ciò che rileva è il riferimento al diritto degli Stati facenti parte del concerto europeo, quindi a rigor di Trattato di Parigi del 1856, anche l'Impero ottomano e l'ascendenza di tale diritto nel Diritto romano. È assunta un'omogeneità nel diritto degli Stati facenti parte del concerto europeo, che esclude che siano presi in considerazione i singoli ordinamenti, ritenendo sufficiente un riferimento a «*la plupart des législations [...] à l'exemple du Droit romain*» (par. II.5). Affermata la responsabilità dello Stato, la necessità della messa in mora affinché gli interessi siano esigibili, è sostenuta non solo attraverso un'analogia col diritto interno, ma anche con riferimento alla dottrina, da cui viene citata la massima «*qu'on doit traiter les autres comme on voudrait être traité soi-même*», una massima che sembra posare sul precetto evangelico "Ciò che volete gli uomini facciano a voi, anche voi fatelo a loro"[491] a significare non solo una comune cultura giuridica degli Stati facenti parte del concerto

[491] *Vangelo secondo Luca*, 6.31, in: *La Bibbia di Gerusalemme*, Centro Editoriale Dehoniano, Bologna, 1977, p. 2210.

europeo, ma anche una comune appartenenza religiosa che può aver influenzato il fenomeno giuridico.

Per concludere, il Tribunale, pur ammettendo in principio la responsabilità dell'Impero ottomano al pagamento degli interessi moratori, esclude che questi debba pagare ricorrendo a principi di diritto interno in base ai quali la messa in mora si sarebbe prescritta: «*Dès l'instant où le Tribunal a reconnu que, d'après les principes généraux et la coutume en droit International public, il y avait similitude des situations entre un Etat et un particulier débiteur d'une somme conventionnelle liquide et exigible, il est équitable et juridique d'appliquer aussi par analogie les règles de droit privé commun aux cas où la demeure doit être considérée comme purgée et le bénéfice de celle-ci supprimée*» (par.II.9). Il Tribunale specifica poi quali siano le norme di diritto privato, tratte per lo più dal diritto francese e tedesco, in base alle quali gli effetti della messa in mora si devono ritenere estinti.

Nell'ultimo passaggio citato osserviamo non solo che i principi generali e la consuetudine vengono posti sullo stesso piano, ma che i principi precedono la consuetudine. Ciò che si afferma pare dunque essere un principio di specialità, dove la consuetudine, in quanto espressione di una pratica consolidata intesa come diritto, può prevalere sui principi *solo* in virtù di una sua precedente affermazione nel tempo.

3.8. *La composizione della Corte: la genesi dell'articolo 9 della Corte permanente di giustizia internazionale*

Un aspetto di rilievo che si collega al processo che ha portato alla formalizzazione dei principi generali nello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale, concerne la composizione della Corte, giacché spetta al giudice la rilevazione dei principi generali. Ai sensi dell'articolo 2 dello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale, ripreso nei medesimi termini dall'articolo 2 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, la Corte è un corpo di giudici indipendenti, eletti senza riguardo alla loro nazionalità, tra persone di alta levatura morale, e che riuniscono le condizioni richieste per l'esercizio, nei loro rispettivi paesi, delle più alte funzioni giudiziarie, o che sono dei giureconsulti di riconosciuta competenza nel campo del diritto internazionale[492].

[492] C.P.J.I., Série D – N. 1, *Statut de la Cour*, articolo 2.

Nonostante i requisiti richiesti è irragionevole ritenere che i singoli giudici potessero e possano avere adeguata conoscenza di più sistemi giuridici nazionali o meglio, di più sistemi giuridici. Lo stesso Elihu Root manifestava incertezza durante i lavori preparatori dello Statuto a causa della sua dichiarata malferma conoscenza delle regole di procedura continentali e illustrando invece quali fossero le regole procedurali americane e inglesi[493]. I sistemi in evidenza sono chiaramente quelli di *common law* e di *civil law*.

Mineichiero Adatci, tra i membri del comitato incaricato di redigere lo Statuto[494], sottolineava che la questione della composizione della Corte era il problema più difficile tra quelli che si presentavano al Comitato[495]. Il problema che metteva in evidenza Adatci era quello della conciliazione della tesi dell'eguaglianza degli Stati con le esigenze della realtà, ove le esigenze della realtà erano, come emerge dal prosieguo delle discussioni, le esigenze di certe grandi Potenze che si manifestavano con la pretesa di esercitare un'influenza predominante sulla composizione della Corte[496]. Il principio giuridico dell'uguaglianza degli Stati è costantemente ribadito, ma rimane il problema politico. Punto di vista giuridico e punto di vista politico che Albert De Lapradelle invita a tenere distinti[497].

Per Lord Phillimore la presenza di rappresentanti dei grandi Stati – definiti in un primo momento come gli Stati più estesi e popolosi – tra i membri della Corte, era condizione necessaria ai fini dell'effettivo funzionamento dell'organo. I popoli dei

---

[493] C.P.J.I., *Comité consultatif de Juristes, Procès-verbaux des Séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920 avec Annexes, La Haye*, 1920, p. 358.

[494] Mineichiero Adatci rappresentava il Giappone. In Giappone, con l'avvio dell'era Meiji nella seconda metà del XIX secolo, furono introdotti, a partire dal 1869 una serie di codici europei tratti per lo più dalla tradizione continentale. Fino ad allora il paese non conosceva una classe di giuristi né alcune nozioni elementari come quella di diritto soggettivo o di obbligazione contrattuale. Le riforme introdotte hanno condotto ad una totale occidentalizzazione del diritto e del pensiero giuridico, ma il diritto giapponese di stampo occidentale non trova applicazione come lo sarebbe da parte di un giudice occidentale. L'elemento tradizionale del ricorso alla conciliazione ancora prevale sul ricorso al diritto quale strumento per far riconoscere l'esistenza di un diritto legalmente riconosciuto. In Occidente, il diritto ha cercato di produrre delle soluzioni che rispondessero a quelli che erano il suo senso della giustizia e dei suoi costumi, mentre questo stesso diritto, importato artificialmente in Giappone, non risulta essere in sintonia con i costumi e la tradizione ivi presenti. L'adozione di forme giuridiche occidentali è stata uno strumento per rispondere all'aspirazione di sviluppare economicamente il Paese, senza però che ciò comportasse l'abbandono dei costumi tradizionali. Cfr. R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, IV ed., trad. sulla 11[a] ed. (2002), CEDAM, Padova, 2004, pp. 466-476 ; Y. NODA, *La réception du droit français au Japon*, in: *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 15, N. 3, Juillet-septembre 1963, pp. 553-556.

[495] C.P.J.I., *Comité consultatif de Juristes, Procès-verbaux des Séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920 avec Annexes, La Haye*, 1920, 3[ième] séance, 18 juin, p. 101.

[496] F. HAGERUP, *Ivi*, p. 103.

[497] A. DE LAPRADELLE, *Ivi*, p. 104

grandi Stati infatti non avrebbero accettato di sottoporsi al giudizio di una corte in cui il loro Paese non fosse rappresentato. Dietro alla nuova Corte vi sarebbe dovuta essere «*la force matérielle*»; e questa forza vi sarebbe stata solo se le Grandi Potenze fossero state rappresentate[498]. Arturo Ricci-Busatti osserva che non vi sono questioni che non possano essere risolte sulla base del diritto, ma che non vi sono controversie tra Stati che siano completamente al di fuori da ogni considerazione di ordine politico. L'autorità della Corte sarebbe derivata dalla comunità degli Stati; ma era necessario distinguere chiaramente le *funzioni giudiziarie* dalle *funzioni di governo*[499] degli Stati. Sull'effettivo funzionamento dell'istituzione che doveva essere creata, il giurista italiano ritiene in qualche misura fondata l'opinione di Phillimore e Adatci e infatti osserva: «*l'égalité entre les États n'existe pas* en fait*; mais d'autre part, il est actuellement impossibile de nier qi'ils soient tout égaux* en droit*, et il faut maintenir ce principe. L'inégalité réelle aura, automatiquement, l'influence qui lui est dûe; l'influence des différents pays sur la création et sur l'activité de la Cour, sera proportionnée, tout naturellement, à l'importance relative de chacun d'eux, tout comme dans chaque pays, l'inegalité sociale joue son rôle, indépendamment de l'égalité de tous devant la loi*»[500]. Il Presidente Descamps concludendo la sessione di lavoro, ritiene che per addivenire a una soluzione soddisfacente del problema messo in evidenza, sarebbe stato necessario assicurare in seno alla Corte la rappresentanza dei grandi sistemi giuridici. Il che non avrebbe avuto nulla di contrario all'eguaglianza giuridica degli Stati e avrebbe d'altro canto raggiunto l'obiettivo desiderato dalle grandi nazioni[501].

Il problema della conciliazione tra diritto – l'uguaglianza giuridica degli Stati – e dato di realtà – le reali differenze sul piano economico e militare – e la proposta di Descamps in questa prima fase della discussione, sono alla base di quella che sarà poi la definitiva formulazione dell'articolo 9 dello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale[502], ripresa nello Statuto della Corte internazionale di giustizia nel 1945:

"In ogni elezione, gli elettori dovranno aver cura che le persone chiamate a far parte della Corte, non solo posseggano individualmente i requisiti richiesti, ma che assicurino

[498] PHILLIMORE, *Ivi*, pp. 105-106.
[499] In corsivo nel testo originale.
[500] A. RICCI-BUSATTI, C.P.J.I., *Comité consultatif de Juristes, Procès-verbaux des Séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920 avec Annexes, La Haye*, 1920, 3ième séance, 18 juin, pp. 106-107.
[501] DESCAMPS, *Ivi*, p. 111.
[502] CPJI, Série D – N. 1, *Statut de la Cour*, articolo 9.

nell'insieme la rappresentanza delle grandi forme di civiltà e dei principali sistemi giuridici del mondo".

L'articolo 9 è considerato un elemento di mitigazione dell'espressione testuale dell'articolo 38 laddove questo si riferisce alle "nazioni civili". Il lavoro dei giuristi incaricati di redigere lo Statuto ha restituito un testo che può ben essere interpretato in tal senso. Tuttavia riteniamo che le preoccupazioni manifestate in proposito non possano essere ignorate. Già Altamira, discostandosi in qualche misura dall'assunto dei suoi colleghi, e focalizzando l'attenzione sulle qualità che avrebbero dovuto avere i giudici, osservava che le grandi Potenze non sono tali in ragione della loro forza militare e del loro sviluppo economico, ma perché hanno per gran parte contribuito allo sviluppo della civiltà. Le minoranze intellettuali, presenti in ogni Paese, nei Paesi a civiltà più avanzata, di fatto sarebbero state in numero maggiore. Conseguentemente, attenendosi al principio della scelta dei migliori, le grandi Potenze sarebbero sempre state rappresentate in seno alla Corte[503].

Nel corso della 6ª sessione di discussione, Root presentò un memorandum[504] con una sintesi delle sue proposte in merito alla nuova corte, articolato in sei punti. Il sesto punto riprendeva la proposta avanzata da Descamps: «*Dans toutes les élections les électeurs seront moralement obligés de tenir compte de l'existence des qualifications requises et de chercher à assurer dans la Cour une représentation adéquate des différents systèmes juridiques*»[505]. Su questo punto Phillimore esprimeva delle perplessità in quanto riteneva di non comprendere cosa si dovesse intendere con «*les différents systèmes de droit*». Elencando quindi i diversi sistemi giuridici in vigore, citava i sistemi giapponese, italiano, scandinavo e tedesco, chiedendosi come si sarebbero potuti scegliere dei rappresentanti per ciascuno di questi sistemi (tutti rappresentati, si potrebbe aggiungere, dai giuristi membri del Comitato). Menzionava poi i sistemi slavo, turco e orientale che sarebbero dovuti essere ugualmente rappresentati e sottolineava le difficoltà dovute alla complessa questione del diritto vigente nei Domini britannici d'oltremare: «*droit romain-hollandais, ancien droit français, droit hindou, droit mahomédan*». Phillimore riteneva quindi che non si potesse

[503] R. ALTAMIRA, C.P.J.I., *Comité consultatif de Juristes, Procès-verbaux des Séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920 avec Annexes, La Haye*, 1920, 3ième séance, 18 juin, p. 119 e *Ivi*, 16ième séance, 5 juillet, p. 369.
[504] C.P.J.I., *Comité consultatif de Juristes, Procès-verbaux des Séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920 avec Annexes, La Haye*, 1920, 6ième séance, 22 juin, p. 150.
[505] *Ivi*, Annexe No. 4, Proposition de Mr. Root, p. 166.

imporre agli elettori dei membri della Corte l'obbligo di assicurare la rappresentanza di tutti i sistemi giuridici richiamati, ma che si sarebbe trovato d'accordo qualora si fosse trattato di un obbligo morale[506]. Vediamo che nel quadro delineato da Phillimore il diritto musulmano, pur presente, occupa una posizione molto residuale.

Di fatto, quali forme di civiltà e quali sistemi giuridici ebbero rappresentanza nella prima fase della Corte permanente di giustizia internazionale[507]? L'Europa continentale, il Regno Unito e gli Stati Uniti, il Sudamerica, il Giappone e la Cina. Giappone che già da tempo aveva avviato un processo di occidentalizzazione del diritto[508], e la Cina, il cui esponente Wang Chung-Hui, si era formato, oltre che in Giappone, presso le Università di California e di Yale negli Stati Uniti ed in seguito aveva approfondito i suoi studi in Europa, prevalentemente in Francia e Germania[509]. Negli anni seguenti, la composizione della Corte non subirà sostanziali mutamenti[510]. La civiltà e il sistema giuridico dell'Islām non vi sono rappresentati. Con una sola eccezione che attiene però alla civiltà e non al sistema giuridico: il giudice turco Feïzi-Daïm Bey, giudice *ad hoc* nell'*affaire Lotus*[511]. Il primo giudice dell'area di diritto islamico farà la sua comparsa nel 1946, quale membro della Corte internazionale di giustizia. Si trattava dell'egiziano Abdel Hamid Badawi.

3.9. *Principi generali e civiltà giuridica*

Dopo aver colto, in merito ai principi generali, degli elementi di ordine dottrinale attraverso le posizioni assunte dai giuristi incaricati di redigere lo Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale e aver illustrato come i principi venissero assunti dalla prassi, prima di introdurre la terza definizione di principi generali di diritto consideriamo che, come osserva Focarelli, riferendosi alla prassi arbitrale tra XIX e XX secolo «quando le norme internazionali erano assai più scarse di oggi, era naturale, in Europa, richiamare i principi di diritto interno e le massime del diritto romano da cui,

---

[506] *Ivi*, p. 152.
[507] C.P.J.I., Série E – N. 1, *Rapport Annuel de la Cour permanente de Justice Internationale (1er janvier 1922- 15 juin 1925)*, p. 9.
[508] *Supra*, nota 494.
[509] C.P.J.I., Série E – N. 1, *cit*., p. 23.
[510] C.P.J.I., Série E – N. 16, *Seizième rapport de la Cour permanente de Justice Internationale (15 juin 1939 – 31 décembre 1945),* pp. 18-21.
[511] *Affaire du "Lotus",* C.P.J.I., Série A – N. 10, 7 septembre 1927, Recueil des arrêts.

del resto, erano derivati sia i diritti nazionali che lo stesso diritto internazionale»[512]. Questa comune ascendenza del diritto nazionale dei Paesi che componevano all'epoca la comunità internazionale e del diritto internazionale, porta a una sostanziale corrispondenza tra i principi generali in diritto interno e i principi generali in diritto internazionale nella fase storica in cui la comunità internazionale era composta in via prevalente da Stati che si riconoscevano nella tradizione culturale europea. Questo dato è richiamato anche da Balladore Pallieri, laddove si afferma che «La comune civiltà della parte maggiore e più influente dei membri della Comunità internazionale, il fatto che per questa comune civiltà comuni principi stanno a capo dei loro ordinamenti interni, hanno fatto sì che questi fondamentali principi giuridici interni siano apparsi applicabili anche ai reciproci rapporti tra questi medesimi Stati svolgentisi nel campo internazionale»[513]. Balladore Pallieri non esplicita quale sia la comune civiltà della parte maggiore e più influente dei membri della comunità internazionale, ma dall'insieme dei riferimenti svolti nel suo discorso, si evince che si tratta della civiltà occidentale[514], una comunità di civilizzazione i cui principali fattori sono per Anzilotti «la tradizione classica e sopratutto il diritto romano; il cristianesimo; il sentimento di solidarietà sviluppatosi in Europa, specialmente in seguito alle lotte contro l'islamismo invadente»[515], da cui consegue che il moderno diritto internazionale, sin dalle sue prime fasi di sviluppo è il risultato dell'interazione tra il sistema di *civil law* e il sistema di *common-law*[516]. Ma non solo. Oltre all'affermazione dell'influenza di una civiltà giuridica e delle sue principali articolazioni di diritto interno in diritto internazionale, le lotte contro l'islamismo invadente di cui parla Anzilotti, segnano di necessità anche la storia di un'opposizione e di un'esclusione: l'opposizione politico-religiosa tra Cristianesimo e Islām e la conseguente esclusione o non considerazione dell'ordine giuridico di cui il mondo islamico era portatore. Come abbiamo visto nella sentenza sulle indennità russe, quando l'Impero ottomano parla al concerto europeo, si appropria del linguaggio e della tradizione giuridica dell'Europa, senza portare riferimento alcuno

[512] C. FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale, Vol. I,cit.*, p. 104; H. LAUTERPACHT, *Private law sources and analogies of international law (with special reference to international arbitration)*, Longmans, Green and co. Ltd., London,1927, pp. 203-296.
[513] G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale pubblico*, GIUFFRÈ, Milano, 1962, p. 97.
[514] *Ivi*, pp. 95-97.
[515] D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale, Vol. I, Introduzione-Teorie generali*, CEDAM, Padova, 1955, p. 3.
[516] C. W. JENKS, *The common law of mankind*, *cit*., p. 88; si veda ROOT, C.P.J.I., *Comité consultatif,* 15ième séance, 3 juillet, 1920, *cit*., p. 342.

a quel diritto islamico che per secoli ne avevo costituito e che in parte ancora ne costituiva l'ordine giuridico di riferimento.

3.10. *I principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili*: *terza nozione dei principi generali*.

Data questa premessa, veniamo alla terza definizione dei principi generali ovvero i "principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili". È con questa formula che nel 1920 i principi vengono formalizzati nell'articolo 38.1 3) dello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale, secondo cui la Corte applica:

1. le convenzioni internazionali sia generali che particolari, che stabiliscono norme espressamente riconosciute dagli Stati in lite;
2. la consuetudine internazionale, come prova di una pratica generale accettata come diritto;
3. i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili;
4. con riserva delle disposizioni dell'articolo 59, le decisioni giudiziarie e la dottrina degli autori più qualificati delle diverse nazioni, come mezzi sussidiari per la determinazione delle norme giuridiche.

La formulazione dell'articolo 38 dello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale, sarà sostanzialmente ripresa dall'analogo articolo 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia nel 1945. Si tratta di un norma che ha natura pattizia, essendo la creazione della prima Corte prevista dall'articolo 14 del Patto della Società delle Nazioni[517] e lo Statuto della Corte internazionale di giustizia annesso alla Carta delle Nazioni Unite ai sensi dell'articolo 92 della stessa[518]. L'articolo 93 della Carta prevede inoltre che tutti gli Stati membri dell'Organizzazione siano *ipso facto* aderenti allo Statuto della Corte e che uno Stato non membro possa aderirvi alle condizioni da determinarsi caso per caso dall'Assemblea Generale su proposta del Consiglio di Sicurezza.

L'elemento pattizio in sé dovrebbe relativizzare la portata dell'articolo 38, in quanto applicabile alle sole parti contraenti, ma dato che di fatto si tratta di organizzazioni a vocazione universale, l'insieme delle parti corrisponde all'intera comunità

[517] C.P.J.I., *Documents au sujet des mesures prises par le Conseil de la Société des Nations aux termes de l'Article 14 du Pacte et de l'adoption par l'Assemblée du Statut de la Cour permanente,* 1921.
[518] M.O. HUDSON, *The Succession of the International Court of Justice to the Permanent Court of International Justice*, AJIL, Vol. 51, n. 3, (Jul., 1957), p. 573.

internazionale, facendo dello Statuto della Corte internazionale di giustizia uno strumento di portata universale.

Ne consegue che la dottrina attribuisce all'articolo 38.1 dello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale prima e della Corte internazionale di giustizia poi, la massima importanza quale elemento di prova del diritto internazionale positivo[519].

La previsione formale dell'articolo 38.1 3) definisce una nozione di principi generali di diritto che àncora la nozione dei principi generali in diritto internazionale, alla concretizzazione che dei principi generali viene data in diritto interno, assumendo o ipotizzando, che si possano identificare dei principi comuni agli ordinamenti delle diverse Nazioni che compongono la comunità internazionale, idonei a poter operare in diritto internazionale.

Si tratta di una formulazione che, come già abbiamo constatato, è frutto di un compromesso tra differenti sensibilità giuridiche, ma che è altresì l'elaborazione di una precisa fase storica ovvero del tempo in cui fu redatto lo Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale.

All'epoca e all'incirca fino al 1945, ossia nel momento in cui fu costituita l'Organizzazione delle Nazioni Unite, la comunità internazionale era prevalentemente costituita da Paesi appartenenti alla tradizione occidentale. È di interesse notare che tra gli stessi membri originari dell'ONU[520], taluni non avevano ancora conseguito un'indipendenza piena, come ad esempio la Siria divenuta indipendente nel 1946 o l'India indipendente dal 1947.

Consideriamo dunque il 1945 come una linea di confine, sia perché è l'anno che vede la costituzione dell'ONU e quindi della Corte internazionale di giustizia, sia perché, a parte qualche caso precedente a questa data, è da qui che prende avvio il processo di decolonizzazione[521] che porterà a un sostanziale mutamento nella composizione della comunità internazionale e dunque a un venir meno di quella comune cultura giuridica che fino ad allora ne era stata un elemento caratterizzante.

---

[519] V.D. DEGAN, *Sources of International Law*, *cit*., p. 4; «*this enumeration must be taken as an authoritative formulation of the sources of international law in general, inside or outside the International Court of Justice*», W.FRIEDMANN, *The Uses of "General Principles" in the Development of International Law*, AJIL, Vol. 57, N. 2 (Apr., 1963), p. 279.

[520] http://www.un.org/en/members/growth.shtml.

[521] M. VAÏSSE, *Les relations internationales depuis 1945*, Armand Colin Ed., Paris, 1990-1991, pp. 38-47.

Benché di molto successiva alla formulazione dell'articolo 38.1.3), richiamiamo la Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati[522]. Ai sensi dell'articolo 30.1. "Un trattato deve essere interpretato in buona fede seguendo il senso ordinario da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo scopo". Questo principio aveva già trovato espressione in un parere consultivo della Corte permanente di giustizia internazionale nel 1925: «*C'est un principe fondamental d'interprétation que les mots doivent être interprétés selon le sens qu'ils auraient normalement dans leur contexte, à moins que l'interprétations ainsi donnée ne conduise à des résultats déraisonnables ou absurdes*»[523]. Il secondo comma dell'articolo 31 della Convenzione di Vienna specifica che ai fini dell'interpretazione di un trattato il contesto, oltre al testo, al suo preambolo e agli annessi, debba comprendere ogni accordo avente relazione col trattato intervenuto tra tutte le parti in occasione della conclusione dello stesso (a) e ogni strumento posto in essere da una o più parti in occasione della conclusione del trattato e accettato dalle altre parti come strumento connesso al trattato (b). Dovremmo qui interrogarci, in merito alle previsioni dell'articolo 38, se il senso da attribuire alle parole debba rilevare non solo in rapporto al contesto così come definito dalla Convenzione di Vienna, ma anche in rapporto al più ampio e diverso contesto della realtà internazionale. La lettura e la comprensione del testo dell'articolo 38 nel periodo del primo dopoguerra non possono equivalere alla lettura e alla comprensione che ne vengono date oggi, non foss'altro che per il significato da attribuire alla nozione di "nazioni civili". Il contesto non è cambiato solo sotto il profilo giuridico formale – quello del Patto della Società delle Nazioni in un caso, quello della Carta delle Nazioni Unite nell'altro –, ma è mutato lo stesso contesto delle relazioni internazionali. Tale precisazione sarà utile per meglio inquadrare nel tempo i diversi contributi dottrinali sui principi generali, che pur nella diversità degli approcci teorici riferibili ai singoli autori, si svolgono nella permanenza dello stesso testo formale.

Il senso letterale dell'articolo 38.1.3), se trascuriamo il riferimento alle "nazioni civili"[524], non individua delle norme sostanziali, bensì rinvia ad un metodo, in quanto

[522] Vienna Convention on the law of the treaties, 23 May 1969, UN Treaty Series, Vol. 1155, 1969, N. 18232, p. 331 ss. (versione inglese).
[523] C.P.J.I., *Service postal polonais à Danzig*, Avis consultatif, 16 mai 1925, Série B-11, p. 39.
[524] F. AMMOUN, *Plateau continental de la mer du Nord*, *Arrêt*, *C.I.J. Recueil*, 1969, *Op.individuelle,* pp. 132-135, in particolare : «*Le critérium de la distinction entre nations civilisées et celles qui ne le seraient pas a été de la sorte un critérium politique - politique de puissance - et n'ayant rien d'éthique ou de*

per stabilire se dei principi sono *riconosciuti* dalle nazioni civili, si rende necessaria un'analisi di tipo comparato volta a verificare l'effettivo riconoscimento di taluni principi da parte degli Stati in *foro domestico*. Così Max Sørensen: «*pour vérifier si un principe de droit est effectivement reconnu par les nations du monde, la seule méthode valable est celle du droit comparé [...]. De temps à l'autre on lance des programmes de recherche dans ce domaine, mais jusqu'ici les résultats sont modestes. Les études comparatives embrassant certains systèmes juridiques seulement, sélectionnés d'après les intérêts et possibilités de l'auteur particulier, doivent, à l'heure actuelle, satisfaire, tant bien que mal, au besoin d'études universelles*»[525]. Sørensen, alla base dell'individuazione dei principi generali che fossero riconosciuti da tutti i sistemi giuridici del mondo postula la ricerca comparatistica, ma osservando che tale ricerca si era fino ad allora concentrata solo su taluni sistemi giuridici, evidenzia la necessità di una ricerca su scala universale. Benché le Corti internazionali non avessero in genere chiarito le modalità attraverso le quali un principio generale era stato elaborato, la nuova realtà della comunità internazionale che andava costituendosi attraverso il processo di decolonizzazione, imponeva evidentemente una riflessione sui principi generali che fossero comuni ai sistemi giuridici di tutti gli Stati, ivi inclusi quelli di nuova indipendenza.

La posizione espressa da Sørensen si colloca nella corrente dottrinale che vede nei principi generali una fonte autonoma di diritto internazionale. Negli anni trenta del secolo scorso Charles de Visscher considerava che «*Les principes généraux de droit ont leur origine dans une conviction juridique, sinon universelle, du moins très générale, qui a trouvé son expression dans les principaux systèmes juridiques internes des nations civilisées*»[526]. Vediamo che l'idea di fondo è la medesima espressa da Sørensen, in una dimensione che guarda però ai sistemi giuridici di quelle che per l'epoca e a partire dal testo stesso dell'articolo 38, erano le Nazioni civili. Non troviamo in effetti nel contributo di De Visscher in esame, riferimento alcuno al diritto comparato.

Un altro autore, tra i più autorevoli, ad aderire alla stessa prospettiva sui principi generali è Paul Guggenheim il quale sostiene che i principi generali ai sensi dell'articolo

---

juridique. Le système qu'il représente n'a pas été sans influence sur l'éloignement persistant de certains nouveaux Etats de la Cour internationale de Justice», p. 134.

[525] M. SØRENSEN, *Principes de droit international public*, *Cours général*, RCADI, Vol. 101, 1960- III, p. 23.

[526] C. DE VISSCHER, *Contribution à l'étude des sources du droit international*, *Revue de droit international et de législation comparé*, 3e série, Tome XIV, 1933, p. 406.

38, sono i principi «*appliqués in foro domestico et il n'est pas possible de leur assimiler – comme on l'a souvent prétendu – les principes généraux de droit qui n'ont pas le caractère de régles de droit interne*». Guggenhein quindi richiama la prassi che già aveva contraddistinto le corti arbitrali prima della creazione della Corte permanente di giustizia internazionale: i principi tratti dagli ordinamenti interni erano principi che vi si trovavano uniformemente applicati e che erano suscettibili di essere trasposti nel sistema di relazione tra Stati. Quando si è trattato di applicare dei principi generali – prosegue Guggenheim – «*La pratique internationale s'est donc toujours inspirée d'une conception positiviste*». L'idea diversa secondo la quale i principi generali avrebbero un carattere universale in quanto diretta manifestazione dell'idea di diritto, è respinta da questo autore, in quanto essa sarebbe in contrasto con quanto emerge dai lavori preparatori che hanno portato alla redazione dello Statuto della Corte[527].

Va ricordato che una parte della dottrina, riconducibile prevalentemente alla dottrina sovietica, considera i principi generali previsti dall'articolo 38.1. c), alla stregua di principi generali di diritto internazionale derivanti dalla stessa pratica internazionale, dai trattati e della consuetudine. Principi cioè che sono propri del sistema di diritto internazionale, non potendo ammettere, seguendo il pensiero di Grigory Ivanovich Tunkin che esistano dei «*principes normatifs communs aux deux systèmes juridiques opposés: socialiste et bourgeois*»[528]. I due poli considerati – socialista e borghese – rappresentano secondo questa prospettiva *i* sistemi giuridici. Si tratta perciò di una prospettiva teorica che non attribuisce ai principi generali la qualità di fonte autonoma, muovendo da considerazioni di ordine ideologico nel cui orizzonte non trovano spazio – non possono evidentemente trovare spazio – tradizioni giuridiche diverse da quelle sintetizzate nei sistemi (o potremmo anche dire blocchi) socialista e capitalista, cogliendo nel diritto la sola espressione di una visione economica del mondo[529].

---

[527] P. GUGGENHEIM, *Contribution à l'histoire des sources du droit de gens*, RCADI, Vol. 94, 1958, pp. 78-79.

[528] G. I. TUNKIN, *Droit international public. Problèmes théoriques*, Pedone, Paris, 1965, p. 126. Più in generale, per l'evoluzione della dottrina internazionalistica russa si veda: L. MÄLKSOO, *The History of International Legal Theory in Russia: a Civilizational Dialogue with Europe*, in: EJIL, Vol. 19, n. 1, 2008, pp. 211-232.

[529] Un altro autore, non collegabile alla dottrina sovietica, che esclude che i principi generali possano essere rilevati a partire dai principi presenti negli ordinamenti interni degli Stati è Lazare Kopelmanas secondo cui «*l'analyse des législations internes démontre clairement qu'on ne peut en dégager des principes généraux du droit qui seraient en même temps à la base du droit interne et du droit internationa*l», L. KOPELMANAS, *Quelques réflexions au sujet de l'article 38, 3° du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale*, RGDIP, 3e série, tome IX, tome XLIII, 1936, p. 295.

L'esigenza che invece abbiamo visto espressa sotto un profilo teorico da Sørensen trova riscontro nello stesso periodo anche nell'analisi di Wolfgang Friedmann che, a sua volta, evidenzia la necessità della ricerca comparatistica al fine dell'elaborazione dei principi generali. Friedmann però, nel collegare l'assunto teorico alla prassi, rivela un'impostazione che si delinea significativamente diversa da quella data da Sørensen.

3.11. *Una questione di metodo: Wolfgang Friedmann e il caso Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd v. Sceicco di Abu Dhabi*

Pur evidenziando la cautela con cui la Corte e i tribunali internazionali avevano fatto ricorso ai principi generali, Friedmann li descriveva come una fonte potenzialmente molto fertile per lo sviluppo del diritto internazionale[530] in particolare per quei nuovi settori in cui «*it is, expressly or implicitly, the "general principles of law recognized by civilized nations" from which a substantive body of legal rules has to be developed. This means in essence the application of a comparative study of legal principles to the developing international law. In no other field is the contact between comparative and international law as close or as necessary […]. The general principles formed by a comparative study of relevant principles of the different national systems provide the principal source from which the new bodies of international law are being developed*»[531] aggiungendo però che «*many of these principles are and will remain implicit, insofar as they are assumed rather than spelled out in international transactions and agreements*»[532]. Se viene qui affermata la rilevanza degli studi di diritto comparato al fine della rilevazione dei principi generali, tali studi appaiono cionondimeno essere un *a priori* della conoscenza giuridica nel campo del diritto internazionale, un *a priori* in cui "*the different national systems*" di Friedmann non paiono essere "*les nations du monde*" cui alludeva Sørensen, ovvero tutti i sistemi giuridici del mondo.

Vediamo dunque come Friedmann illustra le modalità attraverso cui i principi generali potevano essere rilevati a partire dai principi presenti negli ordinamenti interni. Viene assunto ad esempio il caso dell'arbitrato tra la Petroleum Development (Trucial

[530] W.FRIEDMANN, *The Uses of "General Principles" in the Development of International Law*, *cit*., pp. 280-281.
[531] *Ivi*, p. 282.
[532] *Ivi*, p. 283

Coast) Ltd e lo Sceicco di Abu Dhabi[533], la cui rilevanza viene rilevata *in primis* nel fatto che l'arbitro chiamato a dirimere la questione, abbia fatto ricorso ai principi generali senza che vi fosse un'espressa previsione in tal senso nell'accordo tra le due parti la cui interpretazione era alla base del contenzioso[534].

Per richiamare alcuni elementi del caso, dobbiamo innanzi tutto osservare che se l'accordo, siglato nel 1939, era stato redatto in lingua araba, nessuno degli avvocati intervenuti a favore dell'una e dell'altra parte era di lingua araba[535]. A parte quindi i problemi che vengono sollevati in merito a talune possibili ambivalenze nella traduzione del testo e che si ritengono comunque risolti, la questione che viene posta è quella di quale fosse la legge idonea ad essere applicata per l'interpretazione dell'accordo. Su questo punto il ragionamento dell'arbitro Asquith of Bishopstone è condotto come segue: «*This is a contract made in Abu Dhabi and wholly to be performed in that country. If any municipal system of law were applicable, it would* prima facie *be that of Abu Dhabi. But no such law can reasonably be said to exist. The Sheikh administers a purely discretionary justice with the assistance of the Koran; and it would be fanciful to suggest that in this very primitive region there is any settled body of legal principles applicable to the construction of modern commercial instruments. Nor can I see any basis on which the municipal law of England could apply. On the contrary, Clause 17 of the agreement, cited above*[536]*, repels the notion that the municipal law of any country, as such, could be appropriate. The terms of that clause invite, indeed prescribe, the application of principles rooted in the good sense and*

[533] *Asquith of Bishopstone (1952). Award of Lord Asquith of Bishopstone*, International and Comparative Law Quarterly, 1952, Vol. 1, n. 2, pp. 247-261

[534] Va ricordata la sentenza arbitrale del 31 luglio 1928 che vide opposti Portogallo e Germania in cui, nel silenzio del compromesso arbitrale in merito al diritto applicabile e ritenendo che la controversia dovesse essere risolta in base alle regole di diritto internazionale, gli arbitri richiamavano l'articolo 38 dello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale, considerando quindi anche i principi generali di diritto, *Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique (sentence sur le principe de la responsabilité)*, 31 juillet 1928, NU, Recueil des sentences arbitrales, Vol. II, XXVII.a., p. 1016.

[535] *Asquith of Bishopstone (1952). Award of Lord Asquith of Bishopstone*, *cit*., p. 248 e p. 261.

[536] «*Article 17 is in these terms: In the translation relied upon by the claimants: " ARTICLE 17. The Ruler and the Company both declare that they intend to execute this Agreement in a spirit of good intentions and integrity, and to interpret it in a reasonable manner […].*" *In the translation relied upon by the respondents: " ARTICLE 17. The Ruler and the Company both declare that they base their work in this Agreement on goodwill and sincerity of belief and on the interpretation of this Agreement in a fashion consistent with reason […].*" *The variation between the two translations of Article 17 would seem immaterial*», *Ivi*, pp. 249-250.

common practice of the generality of civilised nations - a sort of "modern law of nature"»[537].

Alcune osservazioni si impongono: la legge applicabile sarebbe dovuta essere la legge di Abu Dhabi, ma tale legge secondo Asquith of Bishopstone non esisteva. Detto in altri termini nessun sistema normativo era preposto a regolare i rapporti interni dell'emirato di Abu Dhabi. Parrebbe la sommaria descrizione di una società retta dall'anarchia se non fosse che lo Sceicco amministrava una qualche forma di giustizia sorretto dal Corano. Il fatto che proprio sul Corano potesse reggersi un sistema normativo caratterizzato dalla presenza di "*legal principles*" è un dato che evidentemente sfugge alle categorie cognitive di Asquith of Bishopstone idonee a qualificare un fenomeno come "diritto". Il diritto islamico, in tal caso, semplicemente non è considerato diritto[538].

Nemmeno il diritto inglese poteva però in sé, in quanto diritto interno, essere applicato al caso. Dovevano essere applicati dei principi derivati dalla pratica comune delle "nazioni civili" a guisa di moderno diritto naturale. La locuzione "nazioni civili" può qui essere letta in rapporto alla definizione di "*very primitive region"* con cui viene descritto l'Emirato, una definizione più volte ripresa nel testo della sentenza[539].

L'ambiente giuridico dell'Emirato non era evidentemente stato penetrato dal diritto di matrice occidentale com'era invece accaduto per larga parte dei territori tradizionalmente sotto dominio islamico e ciò nonostante fosse un protettorato inglese[540]. Non è inoltre dato di sapere se l'Emiro potesse conoscere la nozione di "diritto naturale" dal quale, anche se declinato in chiave moderna, sarebbero poi stati ricavati dei principi generali quali strumento interpretativo dell'accordo tra le parti. La difesa delle sue ragioni, come abbiamo visto, era stata peraltro affidata a degli avvocati occidentali ai quali certo il concetto doveva essere chiaro.

Quale *"modern law of nature"* sarà dunque applicata al caso? Asquith of Bishopstone considera che « *albeit English municipal law is inapplicable as such, some of its rules*

---

[537] *Ivi*, pp. 250-251.

[538] «Diritto (ius, droit, Recht, law, pravo) è una nozione che non ha un corrispondente preciso in tutte le culture. La šarī'a islamica, il fa della tradizione cinese, il dharma indiano non combaciano completamente con il «diritto». Dobbiamo dunque sapere della non universale presenza della categoria occidentale «diritto»», R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 19.

[539] *Asquith of Bishopstone (1952), cit*., p. 247 e p. 251: «*a protected State of a primitive order on the Persian Gulf*».

[540] «*It is, like the other Trucial Principalities, a British-protected State; that is, its external relations are controlled by His Majesty. Internally, the Sheikh is an absolute, feudal monarch*», *Ivi*, p. 247.

are in my view so firmly grounded in reason, as to form part of this broad body of jurisprudence - this "modern law of nature"»[541]. Il diritto applicabile sarà dunque il diritto inglese in quanto saldamente fondato su un dato di ragione. Non è chiaro se aver richiamato il diritto naturale a fondamento dei principi generali sia stato solo un modo per poter applicare il diritto inglese o se si sia trattato della sola possibilità data per superare l'*impasse* dell'aver escluso l'applicabilità del diritto-"non diritto" di Abu Dhabi. Un diritto che, in quanto islamico, per sua natura, non sarebbe potuto esser ritenuto fondato su un dato di ragione[542] e quindi, in linea teorica, se non escluso preventivamente, lo sarebbe comunque stato nel momento in cui il diritto naturale è stato assunto a fondamento dei principi generali. Diritto naturale, non diritto comparato. Qui non vengono indagate due diverse concezioni del diritto e i principi in esse presenti, eventualmente utili a dirimere il caso di specie. Nella rubrica del "primitivo" è stato di fatto catalogato anche il diritto islamico.

C'è una nota conclusiva alla sentenza che val la pena di richiamare. Asquith of Bishopstone riprende il caso *Petroleum Development (Qatar), Ltd. v. Ruler of Qatar*[543] giudicato da Radcliffe che, pur partendo da una situazione diversa, era pervenuto a un risultato molto simile. In merito alle modalità con cui l'arbitro aveva in tal caso elaborato il proprio giudizio Asquith of Bishopstone fa osservare che «*If Lord Radcliffe instead of merely recording his conclusions had expounded the principles on which he had reached them, I should have derived invaluable and authoritative guidance from such an exposition; but as he took the course he did, I am to that extent* inops consilii*, and have only departed from his (perhaps more prudent) method and gone into general principles at the express invitation of the parties: to whose legal representatives I would wish to express my deep indebtedness*»[544]. In sostanza non vi era alternativa al ricorso ai principi generali e alla stessa elaborazione degli stessi da parte di Asquith of Bishopstone (una possibilità prevista dal sistema delle fonti di diritto internazionale, anche se non espressamente dall'accordo oggetto del caso), il quale tuttavia mette il luce il processo attraverso il quale è giunto ad affermare i principi cui ha fatto ricorso. E non si tratta, per l'appunto, di un'indagine di diritto comparato.

---

[541] *Ivi*, p. 251.
[542] *Supra,* § 1.8.
[543] Asquith of Bishopstone (1952), *cit*., p. 261; *Petroleum Development (Qatar), Ltd. v. Ruler of Qatar*, (April 1950), ILR vol. 18, p. 161; W.M. BALLANTYNE, *Essays and Address on Arab Laws*, Curzon Press, Richmond (Surrey), 2000, pp. 266-268.
[544] *Asquith of Bishopstone (1952*), *cit*., p. 261.

Tornando ora a Friedmann, questi ripercorre il ragionamento svolto da Asquith of Bishopstone, che reputa di fondamentale e generale importanza, illustrandone i punti salienti; in primo luogo il fatto di aver escluso l'applicabilità del diritto di uno dei possibili sistemi di diritto interno; in secondo luogo, l'aver ricercato i principi applicabili nel sistema di diritto internazionale e solo dopo aver escluso di poter qui trovare una soluzione, l'aver fatto ricorso ai «*principles extracted from recognized national system of law*»[545]. In questo passaggio è immediatamente chiara la differenza rispetto alla previsione dell'articolo 38.1. c) dello Statuto della Corte internazionale di giustizia: "i principi riconosciuti dalle nazioni civili" da un lato, i principi estrapolati dai "sistemi giuridici nazionali riconosciuti" dall'altro. A rigore un sistema giuridico nazionale è un dato di fatto che per esistere non necessita di un riconoscimento sul piano internazionale. Peraltro non è specificato a quale autorità spetterebbe un simile riconoscimento. Non essendovi in diritto internazionale un'autorità sovraordinata e nonostante la sovrana uguaglianza di tutti gli Stati sancita nella Carta delle Nazioni Unite (articolo 2.1.7)[546] l'autorità che pare emergere è quella delle tradizioni giuridiche degli Stati occidentali, sancendo così un rapporto asimmetrico tra le diverse componenti della comunità internazionale.

Per Friedmann una disamina dei principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili «*means a pragmatic attempt to find from the major legal systems of the world the maximum measure of agreement on the principles relevant to the case at hand*»[547]. Per chiarire meglio il concetto ricorre a una citazione da un lavoro di Gutteridge del 1949 secondo cui il giudice internazionale nell'elaborare un principio generale «*must satisfy himself that it is recognized in substance by all the main systems of law, and that in applying it he will not be doing violence to the fundamental concepts of any of those systems*»[548]. Le espressioni "*major legal system*" e "*main systems of law*" sono equivalenti ma dobbiamo considerare che Friedmann, introducendo la citazione da Gutteridge impiega l'espressione "*system of civilized law*", che ha una diversa portata. Questa diversa portata a ben vedere è radicata nelle stesse premesse da cui muove Gutteridge nell'affrontare il capitolo titolato "*Comparative Law and the Law of*

[545] W.FRIEDMANN, *The Uses of "General Principles", cit.,* p. 284.
[546] Nel 1951, anno in cui il caso è stato discusso, Abu Dhabi non godeva di piena indipendenza, tuttavia questo non è un dato che rileva ai fini del ragionamento svolto da Asquith of Bishopstone.
[547] W.FRIEDMANN, *The Uses of "General Principles", cit.,* p. 284.
[548] H. C. GUTTERIDGE, *Comparative law: an introduction to the comparative method of legal study and research*, Cambridge University Press, Cambridge, 1949, p. 65.

Nations"[549]. Scrive Gutteridge: «*The basis on which the law of nations rests is made up of concepts taken from civil law of Rome – however much these concepts may sometimes have been disguised in the garb of custom, reason or the law of nature. Moreover, many modern systems of private law are founded on Roman law, though, perhaps, not to the extent that is generally believed. This has led to the assumption, conscious or unconscious, by many publicists that it is to Roman law that we must look in the search for principles common to all nations. It is, of course, true that the law of nations, as we now have it, is predominantly Romanisitc in character. On the other hand, the position must be faced that something like one-half of mankind is living at the present time under a regime of law which is of a different character, namely, that of the common law of England*»[550]. Gutteridge sta dunque rivendicando una maggiore incisività del sistema di *common law* nel sistema di diritto internazionale sostenendo che non metà degli ordinamenti statuali, ma metà dell'umanità era governata dal sistema di *common law*, motivo per cui, in merito ai principi generali: «*If we regard the problem of the development of the law of nations in the light of present-day conditions, there seems to be no justification for an attitude which would regard Roman law and the modern civil-law systems as the sole source of the principles which can be utilized in order to fill in gaps in international law*»[551]. I principali sistemi giuridici di diritto interno – per non dire gli unici – sono dunque nell'orizzonte di Gutteridge quelli di *civil law* e *common law* in un momento in cui nove (senza contare la Repubblica di Turchia[552]) degli allora cinquantotto membri delle Nazioni Unite erano Paesi di tradizione islamica. La rimanente componente di popolazione islamica era evidentemente ancora sotto dominio coloniale, da cui si poteva sostenere con qualche approssimazione che metà della popolazione mondiale era governata da un sistema di *common law*.

Se questa è l'analisi svolta da un comparatista in un periodo in cui il processo di decolonizzazione era ancora agli albori, tale analisi viene fatta propria da Friedmann nei primi anni sessanta del secolo scorso quando il numero di membri delle Nazioni Unite era praticamente raddoppiato[553]. Friedmann non manca di rilevare l'elemento di novità costituito dalle tradizioni giuridiche che caratterizzavano gli ordinamenti degli Stati di

[549] *Ivi*, p. 61 ss..
[550] *Ivi*, p. 62.
[551] *Ivi*.
[552] *Infra* , § 3.16.
[553] Nel 1963 l'ONU contava centotredici membri. Fonte: http://www.un.org/en/members/growth.shtml#text.

più recente indipendenza, ma cionondimeno, richiamando l'indicazione data da Guttridge sulle modalità attraverso cui il giudice internazionale avrebbe dovuto elaborare i principi generali di diritto giunge a concludere che: «*This approach is not far removed from that of Lord Asquith in the Abu Dhabi Arbitration: the aim is to use comparative law as a guide to the principles that, in the circumstances of the case, are most appropriate and equitable. This will, in most, though by no means in all, cases, involve a comparison of the relevant principles of the most representative systems of the common-law and the civil-law world. In certain cases it may be necessary to examine some of the non-Western legal systems, such as Muslim or Hindu law, now actively represented in the family of nations. In the great majority of cases, however, the parts of the law most applicable to international issues, i.e., contract, tort and commercial transactions, have been deliberately incorporated by the non-Western systems in adaptations of one of the leading systems of the Western world*»[554].

L'apertura verso sistemi giuridici non occidentali pare dunque esservi solo nella misura in cui tali sistemi giuridici avessero subito l'influenza del diritto occidentale, per lo meno in quei settori del diritto interno più sensibili per il diritto internazionale. Una situazione riscontrabile per Friedmann nella maggior parte degli ordinamenti degli Stati di nuova indipendenza, ma che evidentemente non era la situazione che caratterizzava l'ordinamento dell'Emirato di Abu Dhabi. Se in linea teorica dunque il diritto islamico è riconosciuto da questa voce della dottrina come sistema giuridico, il fatto che nel momento dell'effettiva rilevazione dei principi generali tale diritto venga privato di ogni considerazione pare non sollevare alcuna obiezione. Anzi: nel caso che abbiamo visto il diritto islamico viene prima escluso dal giudice, l'arbitro Asquith of Bishopstone, e viene poi escluso da Friedmann che assume tale caso ad esempio di come i principi generali dovrebbero essere rilevati dal giudice internazionale: in linea meramente teorica, attraverso un'indagine di diritto comparato.

Come già segnalava Sørensen, parte del problema poteva risiedere nell'indisponibilità di studi di diritto comparato che includessero sistemi giuridici diversi da quelli legati alla tradizione giuridica del mondo occidentale. Una giustificazione formalmente non adeguata ma iscritta nella realtà dei fatti. Se parte della dottrina internazionalistica cominciava ad avvertire un problema la cui soluzione era (è)

[554] W.FRIEDMANN, *The Uses of "General Principles", cit,* p. 285.

funzionale alla costruzione dei principi generali di diritto, sullo stesso problema cominciava a volgere l'interesse della ricerca comparatistica.

3.12. *Indizi di comparazione tra i sistemi giuridici del mondo*

Nello stesso periodo – siamo negli sessanta del XX secolo – la ricerca nel campo del diritto comparato a partire dalla statuizione dell'articolo 38.1.c) cominciava a interrogarsi sulle modalità secondo cui la Corte internazionale di giustizia giungeva a stabile che un determinato principio era un principio generale di diritto riconosciuto dalle nazioni civili, salvo constatare che «*In case after case, the judge writing the opinion simply expressed a hunch, a hunch probably based upon the legal systems with which he happened to be familiar*»[555]. La responsabilità di questo procedere affatto scientifico non sarebbe però stata da attribuirsi al giudice internazionale, né a coloro che insegnavano o che praticavano il diritto internazionale, bensì alle lacune negli studi comparatistici, che sino ad allora non avevano saputo dare delle risposte concrete alla domanda su cosa fossero i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili[556]. Di qui l'avvio di una ricerca promossa dalla Facoltà di Diritto della Cornell University, sotto la direzione di Rudolf Schlesinger che si proponeva di stabilire in quale misura fosse possibile stabile e formulare le regole giuridiche comuni a più sistemi giuridici[557]. Ai fini che a noi interessano dobbiamo notare che, se nella fase di presentazione della ricerca, viene citato il Codice civile egiziano del 1949[558] che «*In referring to the principles of Islamic law, it looks beyond the borders of a single country and invokes the common core of the laws of all Islamic nations*»[559], in una fase più avanzata, laddove viene descritta la metodologia adottata nell'analisi comparatistica, la quale implicava la selezione di un gruppo di giuristi formati in diversi sistemi giuridici, si considerava che, affinché il lavoro del gruppo potesse funzionare, non si sarebbero potuti contemplare tutti i sistemi giuridici del mondo. Di qui «*des problèmes douloureux mais indispensables de sélection devront être résolus au départ*». Questi comportavano la selezione di quei sistemi giuridici che, in linea generale, si riteneva

[555] R. B. SCHLESINGER, *Research on the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations*, AJIL, Vol. 51, N. 4 (Oct., 1957), p. 734.
[556] *Ivi*, p. 735.
[557] R. B. SCHLESINGER, P. BONASSIES, *Le fonds commun des systèmes juridiques. Observations sur un nouveau projet de recherches*, RIDC, Vol, 15, n. 3, Juillet-septembre 1963, p. 501.
[558] N. SALEH, *Civil Codes of Arab Countries: The Sanhuri Codes*, *cit*., pp. 161-163; *Supra,* § 1.19.
[559] R. B. SCHLESINGER, *Research on the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations*, *cit*., p. 742.

fossero «*des systèmes modernes dont on pense qu'ils ont apporté la contribution la plus originale et la plus influente à la pensée juridique et à l'état actuel du droit dans le domaine concerné*»[560]. I Paesi da cui provenivano i giuristi invitati a far parte del gruppo di lavoro furono dunque Argentina, Belgio, Bolivia, Brasile, Francia, Germania, Gran Bretagna, Ungheria, Messico, Paesi Bassi, Polonia, Spagna, Svizzera, Stati Uniti, Yugoslavia[561]. Geograficamente erano rappresentati l'intero continente americano e il continente europeo nella duplice articolazione degli Stati ad economia di mercato e degli Stati socialisti. Dobbiamo perciò constatare l'assenza di Paesi di tradizione islamica, così come in generale l'assenza di Paesi del continente asiatico e africano e delle relative tradizioni giuridiche.

Parrebbe pertanto che, nonostante vi fosse la consapevolezza dell'esistenza di un sistema di diritto islamico, come peraltro testimoniano alcuni coevi studi di diritto comparato[562], se lo scopo della comparazione era quello di stabilire le regole giuridiche comuni a più sistemi giuridici e di fornire quindi una solida base al giudice internazionale al fine d'elaborazione dei principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili, il diritto islamico non entrava nell'analisi comparatistica perché evidentemente non si riteneva che tale diritto avesse dato un contributo significativo, né tantomeno avesse influenzato il pensiero giuridico dell'epoca. Resta però da chiedersi: quale pensiero giuridico? La costruzione dottrinale comparatistica poteva ben permettersi di scegliere tra quali sistemi giuridici esercitare la propria indagine – posto il problema teorico tipico di questo campo del diritto dato dal *tertium comparationis* e nonostante lo scopo dichiarato della ricerca condotta da Rudolf Schlesinger –, non altrettanto però poteva dirsi della dottrina internazionalistica, che statutariamente nella speculazione sui principi generali avrebbe dovuto avere come riferimento gli ordinamenti di tutte le nazioni civili, ovvero, più pragmaticamente, tutti i sistemi giuridici del mondo. Qui si pone in primo luogo un problema di ordine pratico cui avrebbe dovuto sopperire la dottrina, non potendo il giudice internazionale, per quanto

[560] R. B. SCHLESINGER, P. BONASSIES, *Le fonds commun des systèmes juridiques*, *cit*., p. 510.
[561] R. B. SCHLESINGER, *The Nature of General Principles of Law*, in: *Rapports généraux au VI^e Congrès international de droit comparé*, Hambourg, 30 juillet-4 Aout 1962, Établ. Bruylant, Bruxelles, 1964, p. 235, nota 1.
[562] C. CHEHATA, *Le système des nullités en droit musulman hanéfite et en droit comparé*, in: *Rapports généraux au VI^e Congrès international de droit comparé*, *cit.*, pp. 191-203; E. KLINGMÜLLER, *Le concept de légalité dans le droit islamique*, in: *Rapports généraux au VI^e Congrès international de droit comparé*, *cit.*, pp. 205-233. Si deve osservare che tali contributi sono parte dello stesso Congresso cui partecipa Schlesinger.

erudito, avere completa conoscenza di tutti i sistemi giuridici del mondo. A colmare questa lacuna era infatti volta la ricerca condotta da Schlesinger. Si delinea però anche un problema di carattere culturale.

Esso emerge in diritto internazionale dalla storia stessa con cui si è formata tale disciplina e si salda con la questione del riconoscimento degli Stati non occidentali nella famiglia delle Nazioni[563]. In diritto comparato invece, vediamo che anche quando l'intento della comparazione era quello di fornire un valido ausilio al giudice internazionale nell'elaborazione dei principi generali di diritto, lo spettro dei sistemi giuridici considerati ricade nell'insieme della tradizione giuridica occidentale, con la variante del diritto degli Stati socialisti. Se si pensava che questi fossero i sistemi giuridici che fino ad allora avevano "*apporté*" il contributo più influente e originale al pensiero giuridico, ne conseguiva che ai sistemi giuridici esclusi dall'indagine, sarebbe stata preclusa la possibilità per lo meno di un apporto successivo, dato che i principi giuridici che li caratterizzavano sarebbero rimasti sconosciuti, fatta salva l'esistenza di altri studi di diritto comparato che quei sistemi giuridici includessero e di cui però pare non esservi traccia. Dobbiamo in effetti rilevare che in uno studio che Guido Alpa ha dedicato ai principi generali, laddove si richiama che Rudolf Schlesinger «ha avuto modo di dipingere in un grande affresco la situazione negli anni Sessanta in materia di principi generali» si constata che «Ben poco è cambiato da allora»[564].

Al di là dei confini disciplinari ciò che si delinea è che quanto è definito "*la pensée juridique*", è pensiero giuridico occidentale, lasciando quindi inevasa la questione posta da Sørensen.

Nell'evoluzione più recente della dottrina internazionalistica, si rinviene invero lo sforzo di dare una rilevanza anche al sistema di diritto islamico al fine dell'elaborazione dei principi generali. Vedremo con quali esiti nella Sezione seconda del presente capitolo. Fino ad allora consideriamo quale sia stato il procedere delle Corti internazionali nell'elaborazione dei principi generali.

[563] *Supra*, Capitolo II.
[564] G. ALPA, *I principi generali*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 106-107.

3.13. *Come vengono elaborati i principi generali?La natura dei principi*

Nel corso della Conferenza di San Francisco veniva affermato che «*Article 38, which determines, according to its terms, what the Court "shall apply" has given rise to more controversies in doctrine than difficulties in practice. The Committee thought that it was not the opportune time to undertake the revision of this article*»[565]. Stante l'ampiezza delle posizioni dottrinali in merito ai principi generali[566], da un punto di vista pratico, la conseguenza del quadro che abbiamo delineato è che la giurisprudenza, nell'elaborazione dei principi generali si doveva basare su delle conoscenze parziali «*et sur l'intuition*»[567] o, come dice Salerno «il giudice internazionale preferisce, in genere, seguire una tecnica di rilevazione assiomatica»[568] dei principi. A queste considerazioni, che risalgono nei due autori citati a periodi diversi, possiamo attribuire un valore assoluto da un punto di vista metodologico dato che scaturiscono dall'osservazione del concreto operare delle Corti internazionali senza che venga posto un confine di ordine temporale. In sostanza, solo a seguire la traccia indicata Gutteridge, sin dal momento della formalizzazione dei principi generali i sistemi giuridici da considerarsi sarebbe dovuti essere formalmente almeno due, quello di *civil law* e quello di *common law*. Ma anche quando un'analisi di tipo comparato è stata svolta dalle parti, come nel caso del Diritto di passaggio sul territorio indiano[569], si deve rilevare che la Corte non ne fa menzione nell'elaborazione del suo giudizio. Nel caso di specie, il Portogallo aveva incaricato il professor Rheinstein di uno studio che aveva riguardato sessantaquattro sistemi di diritto interno[570] citati nella Parte III, Sezione III, dal titolo "*Le principe général se dégageant de la conformité des droits internes*", che precede la Sezione IV sui "*Principes généraux inhérents à l'ordre juridique International*"[571].

Va aperta tuttavia una parentesi per un caso abbastanza recente portato all'attenzione della Corte internazionale di giustizia, che ha visto contrapposti la Repubblica

[565] UNCIO, San Francisco 1945, Jurist 86 G/73, April 25, 1945. Documents, Vol. XIV, p. 843.
[566] B. VITANYI, *Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées"*, RGDIP, Tome LXXXVI, 1982, pp. 48-116.
[567] M. SØRENSEN, *Principes de droit international public*, *cit.,* p. 22.
[568] F. SALERNO, *Principi generali di diritto* (*diritto internazionale),* Digesto pubbl., *cit.,* p. 544.
[569] *Affaire du droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, *Arrêt , C.I.J. Recueil 1960*, p. 6.
[570] *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, *C.I.J. 1960*, *Réplique du Gouvernement de la République Portugaise*, juillet 1958, pp. 543-544.
[571] *Ivi*, p. 400.

democratica del Congo e il Regno del Belgio[572] e che più che sulle modalità di rilevazione dei principi generali, pare avere attinenza con la natura dei principi.

Il Belgio, nel caso in questione, sosteneva la tesi secondo cui le immunità riconosciute ai ministri degli affari esteri stranieri nella durata del loro incarico, non potessero proteggerli qualora fossero stati sospettati di aver commesso dei crimini di guerra o dei crimini contro l'umanità. A sostegno di questa posizione il Belgio portava sia degli esempi di legislazioni nazionali – tra cui una legge cinese del 24 ottobre 1946 – che dei casi tratti dalla prassi dei tribunali nazionali[573]. Sul punto la Corte si esprime come segue: «*La Cour a examiné avec soin la pratique des États, y compris les législations nationales et les quelques décisions rendues par les hautes juridictions nationales, telle la Chambre de lords ou la Cour de cassation française. Elle n'est pas parvenue à déduire de cette pratique l'existence, en droit international coutumier, d'une exception quelconque à la règle consacrant l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité des ministres des affaires étrangères en exercice, lorsqu'ils sont soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité*»[574].

La Corte già aveva rilevato che gli strumenti convenzionali non stabilivano in modo preciso quale fosse l'estensione delle immunità di cui godono i ministri degli affari esteri e che la questione doveva quindi essere risolta sulla base del diritto consuetudinario, arrivando a concludere che per tutta la durata del suo incarico, un ministro degli affari esteri gode all'estero di una immunità dalla giurisdizione penale e di un'inviolabilità totali[575]. Nel valutare l'esistenza di un'eccezione alla regola dell'immunità totale così stabilita, nel caso di perpretazione di crimini di guerra o di crimini contro l'umanità, la Corte dichiara di ricorrere a un'analisi dei principi di diritto interno, che in qualche modo confluiscono in una più generale prassi degli Stati, sostenendo che su questa base non si può dedurre l'esistenza di una norma di diritto consuetudinario su cui poter fondare l'eccezione invocata dal Belgio. Se da un lato va rilevato l'esplicito riferimento ai principi di diritto interno da parte della Corte, dall'altro si deve constatare che l'estrapolazione di una norma ricavata da tali principi sarebbe stata posta sullo stesso piano del diritto consuetudinario. Per inciso dobbiamo

[572] *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt*, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 3.
[573] *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), C.I.J., Contre-mémoire du Royaume de Belgique,* 28 septembre 2001, *Recueil 2002,* p. 137 e pp. 141-154.
[574] *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, § 58.
[575] *Ivi*, § 52 e § 54.

inoltre osservare che nessuno degli esempi di legislazioni e di giurisprudenza interni illustrati dalle parti e quindi analizzati dalla Corte, sono riferibili a Stati di tradizione islamica, ma ciò potrebbe semplicemente essere dovuto all'assenza in tali Stati di strumenti legislativi o di pronunce delle corti utili a sostenere la tesi che poi di fatto la Corte ha rigettato.

A parte questo caso in cui il riferimento ai principi di diritto interno appare evidente, una tecnica assiomatica o "intuitiva" per rilevare i principi generali, nonostante la previsione formale dell'articolo 38, poteva essere plausibile fintanto che la comunità internazionale era culturalmente omogenea. D'altro canto, se la Corte internazionale non giustifica il modo in cui ha ricavato un principio generale sulla base di un'indagine di diritto comparato, in cosa il ricorso ai principi si può differenziare rispetto al ricorso che ne veniva fatto dalle corti arbitrali prima che fosse adottato lo Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale? Riteniamo che la risposta risieda nel patrimonio giuridico comune che caratterizzava gli Stati facenti parte della comunità internazionale, da cui derivava che i principi generali potevano ricadere in una particolare forma di diritto consuetudinario. Quando però la base sociale del diritto internazionale si è allargata, includendo tradizioni giuridiche diverse da quelle di *civil law* e *common law*, ecco che sarebbe dovuta venir meno la possibilità di una rilevazione "intuitiva" dei principi generali, basata in definitiva sulla cultura giuridica del giudice. Ed ecco che venuto meno quel fondo giuridico comune da cui attingere i principi, la previsione dell'articolo 38.1.3) avrebbe dovuto operare in quanto norma di diritto positivo, secondo il senso reso palese dal testo.

D'altro canto, richiamando le tecniche di rilevazione dei principi in diritto interno delineate da Garcia Máynes[576], una rilevazione di tipo assiomatico o intuitivo dei principi postula che i principi così richiamati siano gli stessi del diritto naturale, rivelando così un approccio di tipo giusnaturalista. Lo stesso ragionamento si può assumere in diritto internazionale, per cui una tecnica di rilevazione assiomatica dei principi finirebbe per negare il dato giuridico positivo dell'articolo 38 e a negare quindi quella solida guida che per il tramite dell'articolo 38 il giusnaturalista Descamps aveva inteso affidare al giudice nella rilevazione dei principi[577]. Abbiamo del resto già

[576] *Supra* § 3.5.
[577] *Supra* § 3.5.

evidenziato, nella parte dedicata alla metodologia in diritto internazionale, che la nozione stessa di "diritto naturale" è appannaggio della tradizione giuridica occidentale.

Mutata la base sociale, muta anche la natura dei principi. Il quadro normativo sul piano internazionale rimane invariato, è il contesto che cambia. Un dato questo sottovalutato o ridimensionato da parte della dottrina, che in taluni casi trova un elemento di conciliazione nella struttura della composizione della Corte che ai sensi dell'articolo 9 dello Statuto deve rappresentare le grandi forme di civiltà e i principali sistemi giuridici del mondo[578], in altri vede un superamento di «*ces obstacles*» nella «*formation juridique à l'occidentale des anciennes colonies anglophones ou francophones et, d'autre part, la recherche d'une coexistance qui débouche parfois sur une certaine coopération, voire convergence*»[579], riducendo così la complessità a unità, che non è in questo caso l'unità del diritto internazionale, ma l'unità del diritto internazionale di matrice occidentale, perché la questione di fondo rimane irrisolta o meglio, viene in qualche misura aggirata, infatti «*How far can we successfully invoke general principles of law recognized by civilized nations in a world in which the civil and common law must share their former supremacy with Islamic law, Hindu law, Chinese law and Soviet law? How helpful is judicial precedent, international and national, in this new perspective?*»[580]. Affinché una norma possa essere qualificata come "principio generale di diritto" è necessario che essa sia presente in tutti i grandi sistemi giuridici, vale a dire «*dans la famille romano-germanique, dans les pays de common law, dans les pays qui ont adopté un système "socialiste*"» e in quei paesi definiti «*à forte coloration religieuse (pays islamiques ou bouddhistes)*»[581]. Ne consegue che, se l'omogeneità culturale che ha distinto la comunità internazionale per un lungo periodo, ha reso possibile che i principi venissero rilevati in modo "intuitivo" senza ricorrere a un'indagine di diritto comparato, configurando quindi i principi, per le ragioni sopra illustrate, come una forma particolare di diritto consuetudinario, venuta meno l'omogeneità culturale della comunità internazionale una rilevazione di tipo assiomatico o intuitivo non sarebbe più dovuta essere praticabile. Sulla base di queste

[578] H. MOSLER, *To what extent does the variety of legal systems of the world influence the application of the general principles of law within the meaning of article 38 (1) (c) of the Statute of the International Court of Justice*, in: *International Law and the Grotian Heritage*, *cit*., pp. 173-176, pp. 181-185.
[579] A. BLONDEL, *Les principes généraux de droit devant la Cour permanente de justice international et la Cour international de justice*, *cit*., p. 203.
[580] C. WILFRED JENKS, *The common law of mankind*, *cit*., p. 91.
[581] D. CARREAU, F. MARRELLA, *Droit international*, A. Pedone, Paris, 2012, p. 327.

osservazioni, l'ipotesi teorica che si vuole prospettare in merito alla natura dei principi generali ai sensi dell'articolo 38, è che questi ricadano in una particolare forma di diritto consuetudinario fino alla prima metà del XX secolo. Mutato il contesto sociale della comunità internazionale ecco che si dovrebbe compiutamente parlare di principi generali in quanto fonte a sé stante, la qualcosa tuttavia dovrebbe implicare che l'elaborazione dei principi generali si fondi su una preliminare ricerca di diritto comparato; viceversa una rilevazione intuitiva dei principi generali non porterebbe che a disattendere la previsione giuridico formale dell'articolo 38.

3.14. *I principi generali in diritto internazionale e in diritto interno*

Rimane un ulteriore aspetto da precisare, in merito alla distinzione tra principi generali ricadenti nel secondo significato individuato e principi generali ai sensi dell'articolo 38, un aspetto che investe anche la funzione dei principi[582].

Per quanto attiene ai primi, abbiamo osservato un'analogia tra principi di diritto in diritto internazionale e principi di diritto in diritto interno. Sono dei principi propri di ciascun ordinamento e, in particolare in diritto interno, la funzione che è loro attribuita è quella di colmare le lacune di legge onde evitare che il giudice possa pronunciare un *non liquet*[583]. Tale funzione non è sottratta agli analoghi principi generali in diritto internazionale, nel cui ordine però, troviamo un'ulteriore categoria di principi, ovvero quella dei principi "riconosciuti dalle nazioni civili". Come emerge in modo chiaro dalla sentenza arbitrale sulle indennità russe più sopra illustrata, da elementi della discussione in seno al Comitato di giuristi che ha elaborato lo Statuto della Corte e come è messo in

---

[582] *Supra,* § 1.19.

[583] A titolo di esempio, troviamo una disposizione in tal senso nell'articolo 4 del Codice civile del Regno d'Italia: "Se un giudice ricuserà di giudicare sotto pretesto di silenzio, oscurità o difetto della legge, si potrà agire contro di lui come colpevole di negata giustizia", *Collezione completa dei moderni codici civili degli Stati d'Italia*, Libreria della Minerva Subalpina, Torino, 1845. Nel classico di René David e Camille Jauffret-Spinosi sui sistemi giuridici contemporanei (R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, IV ed., trad. sulla 11ª ed. (2002), CEDAM, Padova, 2004) il diritto comparato è considerato alla base dell'interpretazione della formula di cui all'38.1 c) (p. 8). David classifica i sistemi giuridici in famiglie: la famiglia romano-germanica, il diritto russo, già classificato come diritto dei paesi socialisti, e la *common law* e raccoglie in un capitolo dedicato alle altre concezioni dell'ordine sociale e del diritto, il diritto islamico, il diritto dell'India, i sistemi giuridici dell'Estremo Oriente e i sistemi giuridici dell'Africa. Solo tra le fonti di diritto della famiglia romano-germanica o di *civil law* – espressione quest'ultima però non utilizzata e anzi criticata dall'autore – ricorrono i principi generali (pp. 127-131), che nel caso del sistema di *common law* vengono ricompresi nel ricorso alla ragione da parte del giudice (pp. 320-321) operando così una saldatura con la concezione del diritto naturale (su questo punto si veda anche: U. VINCENTI, *Metodologia giuridica*, CEDAM, 2008, p. 51). Abbiamo però visto che nei sistemi ordinatori contemporanei che si richiamano alla tradizione islamica è formalmente contemplato il ricorso ai principi di diritto musulmano.

evidenza dalla successiva dottrina[584], i principi generali richiamati al fine di colmare le lacune in diritto internazionale attinti dai principi di diritto interno – fatta salva sempre la concreta possibilità di trasposizione in diritto internazionale – non sono solo quella categoria di principi che in diritto interno ricade nella nozione di "principi generali", ma sono, al vaglio della prassi, dei principi di diritto privato, ovvero delle norme sostanziali attinte per lo più dalla disciplina dei contratti.

La nozione generalissima dei principi generali in diritto internazionale che abbiamo individuato nel primo significato, trova analoga espressione in diritto interno laddove con la locuzione "principi di diritto civile"[585] o "principi di diritto pubblico"[586] si rinvia alle norme che complessivamente regolano i singoli ambiti disciplinari. Ecco dunque che i principi generali riconosciuti dalle nazioni civili possono ben essere sia il catalogo dei principi che il diritto interno chiama "principi generali" normalmente caratterizzati da un elevato grado di generalità ed astrattezza, sia delle norme attinte dal diritto privato o dal diritto pubblico degli Stati.

Se in diritto internazionale la tecnica di rilevazione dei principi generali individuati nel secondo significato può essere assimilabile alle tecniche di rilevazione dei principi generali in diritto interno, fatta salva la natura di diritto consuetudinario di tali principi in diritto internazionale, per quanto attiene ai principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili questi investono l'intero spettro di ciò che in diritto interno può esser qualificato come "principio generale" e la loro rilevazione presupporrebbe quindi un'indagine di tipo comparatistico volta non solo ad individuare ciò che il diritto interno qualifica come "principi generali" – ammesso che tutti gli ordinamenti interni conoscano una simile nozione – , ma anche le singole norme sostanziali presenti negli ordinamenti nazionali che il giudice internazionale dovesse via via richiamare per il tramite dell'articolo 38 o della convenzione arbitrale che prevedesse il ricorso ai principi generali.

Il quadro così delineato, soprattutto per quanto attiene all'analogia che può essere data tra la nozione dei principi generali in diritto interno e la corrispondente nozione in diritto internazionale, ha dato luogo a delle ambivalenze in dottrina in merito alla qualifica di un principio generale come ricadente nella seconda o nella terza nozione dei

[584] H. LAUTERPACHT, *Private law sources and analogies of international law (with special reference to international arbitration)*, *cit*..
[585] P. STANZIONE, B. TROISI, *Principi generali del diritto civile*, Giappichelli, Torino, 2011.
[586] P. BARILE, F.MEREU, M.RAMAT, *Principi generali di diritto: diritto pubblico*, La Nuova Italia, Firenze, 1979.

principi. È il caso ad esempio del principio di buona fede, considerato di volta in volta un principio generale proprio del diritto internazionale o un principio generale attinto dagli ordinamenti interni[587] e ugualmente del principio *inadimplenti non est adimplendum*[588]. Di fatto, il processo risalente nel tempo che ha visto lo spontaneo confluire nel sistema di relazioni tra Stati di principi generali presenti negli ordinamenti interni[589], ha comportato che taluni di quei principi si consolidassero nell'ordinamento internazionale come principi che gli erano e gli sono propri, senza perciò il venir meno dell'operatività di quei medesimi principi negli ordinamenti interni.

La cesura temporale della formalizzazione dei principi, che facciamo risalire all'articolo 38 dello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale, in qualche modo testimonia di un sistema più strutturato che sulla scia della cultura positivista e delle grandi codificazioni ottocentesche, suggella formalmente i principi generali di diritto tra le fonti di diritto internazionale. Il dato giuridico positivo così sancito ha tuttavia rivelato, al vaglio della prassi, un punto di fuga che si lega alla concezione del diritto naturale. Plausibile in un sistema ancora "chiuso" e autoriferito quale era quello della comunità internazionale della prima metà del XX secolo, non più plausibile per una comunità internazionale retta dai principi della Carta delle Nazioni Unite.

---

[587] «*Considérant que la bonne foi qui doit régir le relations internationales impose…*», C.P.A., *Affaire du droit de préférence réclamé par les Puissances bloquantes au Venezuela*, 22 février 1904, p. 4; «*La bonne foie et l'honnêteté sont présumées exister chez les contractants. C'est là un principe juridique qui, admis en droit privé, ne saurait être oublié en droit international*», S.P. SÉFÉRIADÈS, *op. individuelle*, C.P.J.I., *Affaire franco-hellénique des phare*, Arrêt du 17 mars 1934, Recueil Série A/B 62, 1934, p. 47; R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, RBDI, 1998/2, pp. 661-732. L'autore parla di «*communauté de destin entre la bonne foi et le droit international*», (p. 665). Il principio di buona fede è in ogni caso ormai sancito nell'articolo 2.2 della Carta delle Nazioni Unite, in base al quale gli Stati membri "devono adempiere in buona fede gli obblighi da loro assunti".

[588] A. PIETROBON, *Il sinallagma negli accordi internazionali*, CEDAM, Padova, 1999, pp. 305-308.

[589] G. BATTAGLINI, *Il riconoscimento internazionale dei principi generali di diritto*, *cit*., pp. 110-112.

Sezione Seconda

IL SISTEMA DI DIRITTO ISLAMICO VIS-À-VIS IL SISTEMA DI DIRITTO INTERNAZIONALE

SOMMARIO: 3.15. Sistema di diritto islamico e Stati di tradizione islamica. – 3.16. La qualità di membro dell'Organizzazione della Cooperazione islamica rende l'ordinamento di uno Stato tributario della tradizione giuridica dell'Islam? – 3.17. Il sistema di diritto islamico vis à vis il sistema di diritto internazionale – 3.18. L'esigenza di preservare la coerenza del sistema di diritto internazionale. – 3.19. Gli Stati di tradizione islamica: diritto interno e relazioni internazionali. – 3.20. Due concezioni del diritto e della giurisdizione. – 3.21. Problematiche di ordine dottrinale in merito alla rilevazione dei principi di diritto islamico in diritto internazionale. – 3.22. *Segue*: La complessità dei sistemi misti. – 3.23. Il caso Texaco e il caso Liamco: la rilevazione dei principi generali in un sistema misto, tra diritto positivo e *sharī'a.*

3.15. *Sistema di diritto islamico e Stati di tradizione islamica*

Ricollegandoci ora alle note conclusive di paragrafo 3.12, dobbiamo invero constatare che esistono delle ricerche su specifici istituti di diritto islamico o su taluni principi generali che tale sistema giuridico conosce. Si tratta tuttavia di studi che si concentrano sul corpo del diritto musulmano classico e sulle soluzioni proposte dalle diverse scuole giuridiche. La formalizzazione dei principi generali di diritto nello Statuto della Corte penale internazione[590] di molto successiva alla formalizzazione dei principi generali nello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale e quindi della Corte internazionale di giustizia, ha dato impulso a una nuova riflessione dottrinale che mira esplicitamente ad integrare il diritto musulmano nel discorso sui principi generali di diritto. Troviamo evidenza di ciò in un recente contributo focalizzato sui principi generali in materia penale[591], e che illustriamo a titolo di esempio di una certa modalità di procedere in merito all'individuazione dei principi

[590] *Infra*, § 4.4.
[591] M.E. BADAR, *Islamic Law (Shari'a) and the Jurisdiction of the International Criminal Court*, in: *Leiden Journal of International Law*, 24 (2011), pp. 411-433, (errore di translitterazione in originale).

generali nel sistema di diritto islamico e di qui alla rilevanza che tali principi possono avere in diritto internazionale.

Significativamente l'articolo si apre con una citazione tratta – ancora – da Schlesinger e che rinvia quindi alla necessità della ricerca comparatistica al fine della rilevazione dei principi generali: «*The time has come, perhaps, to discard or limit the visionary goal of 'one law' or 'one code' for the whole world and to substitute for it the more realistic aim of crystallizing a common core of legal principles*»[592]. Se questa può esser vista come una generica premessa o dichiarazione d'intenti dell'autore, per quanto riguarda Schlesinger già abbiamo verificato che se alle premesse ha fatto seguito un lavoro ancor oggi considerato ineguagliato, nella sua indagine non è rientrato il sistema di diritto islamico. L'articolo in questione invece concentra la sua attenzione in via prevalente sul diritto islamico e su taluni principi di diritto penale propri di questo sistema giuridico, con lo scopo dichiarato di verificare «*whether it is viable for the ICC to adopt principles of international criminal law from the Islamic legal system*»[593]. I principi di diritto internazionale penale cui si fa riferimento, altro non possono essere che quei principi poco prima definiti «*the general principles of law that can be applied by the Court in various cases*»[594] ovvero i principi di cui all'articolo 21 dello Statuto della Corte penale internazionale. Torneremo più estesamente in seguito su questo punto[595]. Ciò che qui interessa rilevare è che si parla di "sistema di diritto islamico", così come potrebbero essere menzionati i sistemi di *civil law* o di *common law*. Formalmente il discorso è corretto. Dobbiamo tuttavia osservare che per stabilire, ad esempio, che un certo principio generale è presente nel sistema di *civil law*, sarà necessario operare una comparazione tra ordinamenti improntati sul sistema di *civil law*. Abbiamo visto che l'articolo 38.3. c) della Corte internazionale di giustizia parla di principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili, quindi dal diritto interno degli Stati. L'articolo 21.1. c) dello Statuto di Roma parla invece di principi generali di diritto elaborati dalla Corte sulla base della normativa interna dei sistemi giuridici del mondo. Benché si richiamino i sistemi giuridici del mondo, il riferimento alla normativa interna non può che rinviare al diritto vigente negli ordinamenti interni degli Stati, un diritto che può essere improntato all'una o all'altra tradizione giuridica. Una diversa

[592] *Ivi*, p. 411. La citazione è tratta da: R. B. SCHLESINGER, *Research on the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations*, *cit*., p. 734.
[593] *Ivi*, p. 412.
[594] *Ivi*, p. 411.
[595] *Infra,* § 4.4.

interpretazione, che in tal caso potrebbe essere funzionale a un fattore costitutivo del sistema di diritto musulmano – fondato sulla personalità e non sulla territorialità[596] –, porterebbe di fatto a un'opposizione tra diverse concezioni del diritto, occidentale l'una (o eventualmente propria di altre tradizioni giuridiche che andrebbero però verificate), islamica l'altra, anche sul piano del diritto internazionale. Ma è sulla tradizione occidentale e in particolare sull'affermarsi di un sistema di relazione tra Stati nazionali sovrani e indipendenti che si fonda il diritto internazionale. Si tratta di un'interpretazione che attribuirebbe alla nozione di "normativa interna" il significato di "normativa" propria di un determinato sistema giuridico. Se il sistema giuridico in discussione è quello di diritto musulmano, il riferimento sarebbe dunque al diritto musulmano classico e alla sua articolazione in varie scuole, *a prescindere* dalle concrete determinazioni che tale corpo di norme trova attualmente negli ordinamenti degli Stati che si richiamano alla tradizione giuridica dell'Islām. Equivarrebbe, nonostante l'analogia non possa essere del tutto calzante, allo stabilire quali siano i principi generali presenti nella normativa interna del sistema di *civil law* ricorrendo a un'analisi del corpo del diritto romano. Un diritto che fu sovranazionale, così come lo è stato il diritto musulmano, nonostante sia improprio parlare di sovranazionalità per epoche in cui non esisteva il concetto di Nazione *ergo*, di Stato[597]. Spinta alle estreme conseguenze, una simile impostazione porterebbe, da un punto di vista teorico, a scardinare l'attuale sistema di relazione tra Stati. Perché è pur sempre lo Stato ad essere il soggetto di diritto internazionale, lo Stato che nella sua esclusiva sfera di giurisdizione si dà delle istituzioni e adotta sovranamente un sistema normativo, sia esso ascrivibile al sistema di *civil law*, di *common law*, di diritto islamico, sinico, induista o di una qualche combinazione di questi o altri diversi sistemi tra loro[598].

Possiamo ricordare che l'idea di una Nazione araba, nel lessico giuridico-religioso, si esprime muovendo dalla concezione della *Umma al-Islamiyya*, ossia dell'intera comunità dei fedeli dell'Islām, a quello di *Umma al-Arabiyya*, che ha più una valenza legata alle aspirazione politiche del nazionalismo arabo che giuridica, nonostante ad

---

[596] S. MAHMASSANI, *The principles of international law in the light of Islamic doctrine*, *cit*., pp. 250-253. *Supra*, § 1.15.

[597] Maurice Flory nel sintetizzare la storia delle relazioni internazionali nei due poli della dominazione egemonica e della coesistenza equilibrata di entità indipendenti, inscrive nella prima categoria l'impero romano e la visione islamica delle relazioni internazionali, M. FLORY, *Le droit international est-il européen?*, in: *L'avenir du droit internatinal dans un monde multiculturel*, Colloques de l'Académie de Droit International de La Haye, 17-19 Nov.1983, Martinus Nijhoff Pubbl., 1984, p. 288.

[598] *Supra,* § 3.14, nota 583.

essa si possa collegare la dimensione sovraordinata e unificante della *Sharī'a* e considerato, ai nostri fini, che il diritto musulmano non è solo della "nazione araba". A queste due declinazioni della *Umma*, se ne aggiunge però una terza, quella di *Umma al-Wataniyya*, che esprime l'idea di una comunità legata a uno Stato nazionale, quest'ultimo considerato anche dalla dottrina che guarda dalla prospettiva della costruzione politico-istituzionale nella tradizione islamica «*la réalité politique la plus tangible*»[599]. Va rilevato che in sé il termine arabo *umma* può assumere il significato di "popolo", "comunità", "nazione" ed è infatti *al-umam* (pl. di *umma*) *al-mutaḥida* il nome in Arabo delle Nazioni Unite.

Un'ambivalenza tra Stato e Umma, nel senso giuridico-religioso di comunità dei credenti, permane tuttavia nella Carta dell'Organizzazione di Cooperazione islamica (OCI), che è un trattato di e tra Stati[600]. Il termine "Umma" ricorre in quattro articoli (7, 9, 10.3, 27) e non è mai definito in rapporto alla popolazione degli Stati membri. L'articolo 7 prevede che il Vertice islamico – uno degli organi dell'Organizzazione – deliberi, prenda decisioni politiche e dia pareri su tutte le questioni relative alla realizzazione degli obiettivi enunciati nella Carta e esamini le altre questioni di comune interesse per gli Stati membri e per la *Umma*. Stati membri e Umma che sono quindi posti come entità distinte. L'articolo 27 prevede le modalità di risoluzione pacifica che gli Stati membri dovranno seguire, qualora siano parte di qualunque controveria la cui persistenza possa nuocere agli interessi della Umma islamica o mettere in pericolo la pace e la sicurezza internazionali. Anche se il riferimento è alle controversie tra Stati membri, la *Umma*, in tal caso definita islamica, ha perimetro diverso rispetto a quello degli Stati membri, che la include, ma non necessariamente la esaurisce, in considerazione tra l'altro delle previsioni dell'articolo 1.16 della Carta, che annovera tra gli obiettivi dell'Organizzazione quello di preservare i diritti, la dignità e l'identità religiosa e culturale delle comunità e minoranze musulmane negli Stati non membri. Se il Preambolo della Carta inizia affermando "In nome di Dio, il Clemente, il Misericordioso, Noi, Stati membri dell'Organizzazione di Cooperazione islamica" e viene poi affermata l'adesione ai principi della Carta delle Nazioni Unite, della Carta dell'OCI e del diritto internazionale, il riferimento testuale alla *umma* islamica evoca per lo meno un richiamo o una eco della concezione islamica della giurisdizione.

[599] A. AMOR, *La notion d'«Umma» dans les Constitutions des États arabes*, *Arabica*, Jan 1, 1983, vol. XXX, p. 286 ; si vedano anche pp. 270-271, p. 275, p. 277, p. 284 e p. 288.
[600] *Infra*, § 3.16.

Al di là però di tale richiamo alla *Umma* nella Carta dell'OCI, l'unità di riferimento, al fine della determinazione dei principi generali in diritto internazionale, altro non può essere che quella degli ordinamenti dei singoli Stati, che dovrebbero però essere rappresentativi dei diversi sistemi giuridici di diritto interno. Se il dato giuridico positivo di un determinato ordinamento contemplasse o rinviasse al diritto musulmano o a dei principi di diritto musulmano, in tal caso si renderebbe necessaria una ricognizione di principi ed istituti di diritto musulmano.

L'articolo che abbiamo iniziato a considerare, per inquadrare quali siano gli Stati che sotto il profilo giuridico e non solo culturale o religioso, possano definirsi come Stati musulmani, introduce una breve disanima di talune previsioni costituzionali che presentano dei riferimenti alla *Sharī'a*. È questo un passaggio essenziale per verificare se l'ordinamento di uno Stato sia ascrivibile alla tradizione giuridica dell'Islām, molto più di quanto non lo sia l'essere parte dell'Organizzazione di cooperazione islamica, un criterio tuttavia spesso adottato in dottrina e ripreso nondimeno da Badar[601].

Riteniamo utile chiarire sin da subito, prima di procedere, i motivi per cui sotto un profilo strettamente giuridico, non sia possibile qualificare uno Stato come "islamico" e quindi espressione del sistema di diritto musulmano, in base alla mera qualità di membro dell'OCI.

3.16. *La qualità di membro dell'Organizzazione di Cooperazione islamica rende l'ordinamento di uno Stato tributario della tradizione giuridica dell'Islām*?

L'attuale Carta dell'OCI[602], prevede che possano richiedere di entrare a far parte dell'Organizzazione quegli Stati che abbiano una maggioranza di popolazione musulmana (articolo 3.2), senza che tale previsione possa portare pregiudizio alla già acquisita qualità di membro dell'Organizzazione (articolo 3.3). Sono attualmente 57 gli Stati parte. Tra questi figura la Repubblica del Togo membro dell'Organizzazione dal

[601] M.E. BADAR, *Islamic Law (Shari'a) and the Jurisdiction of the International Criminal Court*, *cit*., pp. 413-414.

[602] Adottata nel corso dell'11° Vertice Islamico, Dakar, 13-14 marzo 2008 (http://www.oic-oci.org/is11/french/charter-fr.pdf). L'articolo 39 3) stabilisce che la "presente Carta sostituisce la Carta dell'Organizzazione della Conferenza islamica registrata il primo febbraio 1974 in conformità alle disposizioni dell'articolo 102 della Carta delle Nazioni Unite". Il cambio di nome dell'Organizzazione è successivo all'adozione della nuova Carta ed è stato deciso nel corso della 38ª Sessione del Consiglio dei Ministri degli Affari esteri tenutasi ad Astana, Kazakhistan, nei giorni 26-28 Rajab 1432 H/28-30 giugno 2011, con Risoluzione OIC/CFM-38/2011/ORG/RES N. 4/38-ORG. Nella Risoluzione si riconosce l'importanza, nel cambiare il nome dell'Organizzazione, di mantenere l'acronimo con il quale era stata conosciuta nel corso della sua lunga storia.

1997 e di cui analizzeremo taluni aspetti a titolo di esempio al fine di chiarire la questione che abbiamo posto.

Sotto il profilo dell'appartenenza religiosa la popolazione del Togo si suddivide percentualmente come segue: 43.7% di cristiani; 35.6% di appartenenti a religioni tradizionali; 14.0% di musulmani[603]. In questo caso il criterio della maggioranza di popolazione di fede islamica non è rispettato, ma il Togo era membro dell'Organizzazione prima dell'entrata in vigore dell'attuale Carta. La Carta previgente[604] stabiliva che a parte i membri originari che avevano preso parte alle Conferenze istitutive, qualunque Stato islamico avrebbe potuto aderire all'Organizzazione (articolo VIII). Non erano però precisati gli elementi in base ai quali uno Stato potesse definirsi "islamico". In dottrina si è reputato che al vaglio della prassi adottata dall'OCI, per qualificare uno Stato come "islamico", debba darsi almeno uno dei seguenti elementi: una maggioranza di popolazione di fede islamica, la religione islamica sancita costituzionalmente come religione di Stato, l'appartenenza all'Islām del Capo dello Stato in questione al momento dell'adesione all'Organizzazione[605]. All'epoca in cui il Togo ha aderito all'OCI, Capo dello Stato era Gnassingbé Eyadema, di fede protestante, quindi cristiana[606]. Vedremo poco oltre che nessuna previsione costituzionale sancisce che l'Islām sia religione di Stato. In tal caso quindi, il solo elemento idoneo a qualificare il Togo come "Stato islamico" parrebbe essere quello della presenza di una componente musulmana – non maggioritaria ma significativa – nella popolazione del Paese. Poiché l'accoglimento della richiesta di adesione ai sensi del citato articolo VIII, era subordinato all'approvazione a maggioranza di due terzi da parte della Conferenza dei Ministri degli Affari esteri, a tale Conferenza spettava in definitiva la valutazione dell'"islamicità" di uno Stato sulla base di criteri che non paiono essere strettamente giuridici (i principi e i valori dell'Islām sanciti sul piano

[603] Pew Research Center, *The Global Religious Landscape*, Dec. 2012, p. 50.
[604] L'Organizzazione della Conferenza Islamica è stata costituita nel corso della Conferenza del primo vertice islamico tenutosi a Rabat il 25 settembre 1969. La Carta della Conferenza Islamica è stata adottata dalla Terza Conferenza dei Ministri degli Affari esteri degli Stati islamici, riunitasi a Jeddah (28 febbraio-4 marzo 1972) il 4 marzo 1972 (*Déclaration finale*, par. 13); *Charter of the Islamic Conference*, UN Treaty Series, Vol. 914, 1974, N. 13039, pp. 111-116 (versione inglese); M. FLORY, *Les Conférences islamiques*, in: *Annuaire français de droit international*, Vol. 16, 1970, pp. 233-243.
[605] T. BOUACHBA, *L'Organisation de la Conférence Islamique*, in: *Annuaire français de droit international*, Vol. 28, 1982, pp. 270-272.
[606] *Annual Report on International Religious Freedom 2004*, Report submitted to the Committee on Foreign Relations of the U.S. Senate and the Committee on International Relations of the U.S. House of Representatives by the Department of State, U.S. Government Printing Office, Washington, November 2004, p. 122.

costituzionale) o quantomeno certi (una maggioranza di popolazione islamica chiaramente definita). Incidentalmente possiamo osservare che la popolazione dello Stato di Israele si compone per un 18.6% di musulmani[607], ma che è di per sé evidente che non si tratta di uno Stato islamico[608].

L'esempio del Togo mette in luce come non sia possibile operare un'equazione secondo cui uno Stato che è membro dell'OCI è uno Stato islamico. O meglio. Lo può essere in virtù dell'assunto che riposa sul fatto che membri dell'Organizzazione possono essere solo Stati islamici, ma non per questo si tratta necessariamente di uno Stato di diritto islamico.

Il Preambolo della Carta dell'OCI fa a vario titolo riferimento ai "valori islamici" e all'Islām. L'articolo 1.11 pone tra gli obiettivi dell'Organizzazione quello di diffondere, promuovere e preservare gli insegnamenti e i valori islamici fondati sulla moderazione e la tolleranza e di promuovere la cultura islamica e di salvaguardare il patrimonio islamico. Il punto 12 dell'articolo 1 annovera ancora tra gli obiettivi dell'Organizzazione quello di proteggere e difendere l'autentica immagine dell'Islām, di lottare contro la diffamazione dell'Islām e di incoraggiare il dialogo tra civiltà e religioni.

Possiamo leggere tali obiettivi in rapporto a talune previsioni della Costituzione della Repubblica del Togo[609]. Il primo articolo afferma che la Repubblica è uno Stato laico. L'articolo 7, comma secondo, che i partiti politici non possono identificarsi con una regione, un'etnia o una religione. L'articolo 25, dopo aver sancito le libertà di pensiero, di coscienza, di religione, di culto, di opinione e di espressione, afferma che l'organizzazione e la pratica dei credi religiosi si esercitano liberamente nel rispetto della legge e lo stesso dicasi per gli ordini filosofici. L'esercizio del culto e l'espressione dei credi si devono svolgere nel rispetto della laicità dello Stato. Ai sensi dell'articolo 30, secondo comma, lo Stato riconosce l'insegnamento privato, sia confessionale che laico. In materia di insegnamento rileviamo dunque, tra le scuole

[607] Pew Research Center, *The Global Religious Landscape*, Dec. 2012, p. 47.
[608] Lo Stato di Israele non ha una Costituzione scritta. Sulla confessionalità dello Stato è però possibile richiamare la cosiddetta "Proclamazione di Indipendenza" del 14 maggio 1948 a cui, pur non trattandosi tecnicamente di un testo normativo, è stato attribuito valore giuridico. Le prime righe così recitano: «*The Land of Israel was the birthplace of the Jewish people. Here their spiritual, religious and political identity was shaped. Here they first attained to statehood, created cultural values of national and universal significance and gave to the world the eternal Book of Books*», consultabile in: http://www.knesset.gov.il/docs/eng/megilat_eng.htm.
[609] In: http://www.legitogo.gouv.tg/lois/liste.php?num=7.

private, scuole ad orientamento cattolico, protestante ed islamico[610]. Quest'ultimo dato rispecchia l'esistenza di una componente islamica nella popolazione e non può corrispondere alla portata generale degli obiettivi sanciti dall'articolo 1 della Carta dell'OCI. Nessuna previsione della Costituzione del Togo fa riferimento all'Islām.

È di interesse osservare, che un altro Stato membro dell'OCI, la Repubblica di Turchia, sancisce il carattere laico dello Stato nell'articolo 2 della Costituzione. L'articolo 24, comma primo, afferma la libertà di coscienza, di credo religioso e di convinzione. Il quarto comma dello stesso articolo prevede che l'educazione religiosa e morale e l'istruzione si debbano svolgere sotto la supervisione e il controllo dello Stato. L'istruzione nella cultura religiosa e morale deve essere uno degli insegnamenti obbligatori nei programmi scolastici della scuola primaria e secondaria. Altre forme di educazione religiosa e di istruzione dipenderanno dai singoli orientamenti individuali e, in caso di minori, soggette alla richiesta dei loro legali rappresentanti[611]. Tra gli insegnamenti obbligatori, quello religioso è il solo sancito costituzionalmente[612]. L'insegnamento, denominato "Cultura religiosa ed Etica", consta di due componenti. La prima, di gran lunga prevalente, è volta all'insegnamento e alla comprensione dell'Islām al fine di assicurare lo sviluppo degli studenti secondo quella che è la loro tradizione. La seconda prevede l'insegnamento di altri credi, religioni e tradizioni[613]. Va sottolineato che la popolazione della Repubblica di Turchia è per il 98% di fede islamica[614]. Tale

---

[610] UNESCO, IBE/2010/CP/WDE/TG, *World Data on Education*, 7th edition, 2010/2011, *Togo*, p. 11.

[611] La Costituzione della Repubblica di Turchia è consultabile in: http://global.tbmm.gov.tr/docs/constitution_en.pdf.

[612] UNESCO, IBE/2012/CP/WDE/TU, *World Data on Education*, 7th edition, 2010/2011, *Turkey*, p. 13, p. 17.

[613] M. SELÇUK, *Developing an Interfaith Dimension in RE: Theological Foundations and Educational Framework with Special Reference to Turkish Experience*, in: AA.VV., *Religious Education in a World of Religious Diversity*, Waxmann Verlag, Münster, 2009, p. 135. La Turchia è Stato membro del Consiglio d'Europa. Nel caso *Hasan et Eylem Zengin c. Turquie* (CEDH, Requête n. 1448/04, Arrêt, 9 octobre 2007), la Corte europea dei diritti dell'Uomo ha analizzato il sistema di istruzione turco (§58-§70) per verificare se esso fosse conforme ai principi di pluralismo e obiettività sanciti dall'articolo 2 del primo Protocollo alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Il fatto che i programmi dei primi cicli di insegnamento «*accordent une plus large part à la connaissance de l'islam qu'à celle des autres religions et philosophies*» per la Corte «*ne saurait passer en soi pour un manquement aux principes de pluralisme et d'objectivité susceptibles de s'analyser en un endoctrinement (Folgerø et autres, précité, § 89), eu égard au fait que la religion musulmane est majoritairement pratiquée en Turquie, nonobstant le caractère laïc de cet Etat*» (§ 63). L'analisi complessiva del sistema di istruzione induce tuttavia la Corte a concludere che « *l'enseignement dispensé dans la matière intitulée «culture religieuse et connaissance morale» ne peut être considéré comme répondant aux critères d'objectivité et de pluralisme*» (§70).

[614] Pew Research Center, *The Global Religious Landscape*, Dec. 2012, p. 50. Sulla prevalente componente musulmana della popolazione della Repubblica di Turchia rilevante è la Sezione III del Trattato di pace firmato a Losanna il 24 luglio 1923 ed entrato in vigore il 6 agosto 1924, dedicata alla "Protezione delle minoranze", articoli 37-44, dove viene fatto esplicito riferimento alle minoranze non

dimensione maggioritaria non solo riempie il criterio primo posto dalla Carta dell'OCI per essere parte dell'Organizzazione, ma diventa evidentemente funzionale a una forma di istruzione volta a "promuovere e preservare gli insegnamenti e i valori islamici", rispondendo così a quella parte di obiettivi posti dalla Carta che maggiormente sono orientati in senso islamico. È d'altro canto nello stesso Preambolo della Carta dell'OCI che si afferma che gli Stati membri dell'Organizzazione sono determinati a creare le condizioni favorevoli a un'educazione adeguata dei fanciulli e dei giovani musulmani e ad infondere in loro i valori islamici per mezzo dell'educazione, in modo da consolidare i loro valori culturali, sociali, morali e etici. Tale indirizzo che trova un più marcato riscontro nell'ordinamento turco rispetto a quello del Togo, si configura comunque come un indirizzo di carattere culturale. Né la Turchia, né il Togo, possono essere considerati degli Stati islamici nel senso di Stati di diritto islamico e ciò nonostante la loro adesione all'OCI.

Sul piano internazionale l'essere parte dell'OCI implica che uno Stato si è vincolato al rispetto della Carta dell'Organizzazione, tecnicamente un trattato multilaterale, che più che un trattato su base regionale, potrebbe essere definito su base "identitaria". Questo dato tuttavia, come abbiamo dimostrato, non è idoneo a provare che sul piano del diritto interno, uno Stato membro dell'OCI sia uno Stato che si richiama alla tradizione giuridica dell'Islām. Tale appartenenza dovrà pertanto essere verificata caso per caso sui singoli ordinamenti, a partire dalla solida guida di carattere giuridico-positivo costituita dalle previsioni dei testi costituzionali. È da qui che è necessario muovere al fine di estrapolare dei principi generali di diritto in diritto internazionale che siano riconosciuti dalle nazioni "civili" o, detto altrimenti, sulla base della normativa interna dei sistemi giuridici del mondo, che considerino anche il sistema di diritto musulmano. Considerare a tal fine i principi presenti nell'ordinamento di uno Stato che possa ritenersi "islamico" per sola tradizione culturale equivale semplicemente ad escludere dall'analisi il sistema di diritto islamico.

musulmane (*Empire Britannique, France, Italie, Japon, Grèce, & c., et Turquie. Traité de Paix, signé à Lausanne le 24 juillet 1923*, Société des Nations. Recueil des Traités, Vol. XXVIII, 1924, n. 701, p. 11 ss.).

3.17. *Il sistema di diritto islamico vis à vis il sistema di diritto internazionale*

La necessità e l'urgenza del riconoscimento dell'esistenza di un sistema di diritto musulmano abbiamo visto essere ormai avvertita anche dalla dottrina internazionalista e non più o non solo come mera constatazione sul piano teorico dell'esistenza di sistemi giuridici diversi da quelli di *common law* e *civil law*; non è casuale che l'articolo che abbiamo eletto ad esempio[615] verta sui principi generali di diritto in materia penale, data la più recente formalizzazione dei principi generali nello Statuto della Corte penale internazionale, rispetto alla formalizzazione prima che i principi hanno avuto nello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale[616]. Dobbiamo però considerare, al fine della rilevazione dei principi generali, che tipo di comparazione viene operata.

Dopo aver inquadrato in modo molto generale il diritto shariatico nell'esperienza degli Stati "islamici" contemporanei, l'analisi di Badar si sposta sul diritto musulmano e in particolare su quelle che sono le sue fonti e di qui alla rilevazione di taluni principi di diritto penale islamico. In un paragrafo dedicato alle "*Islamic legal maxims (Al-Qawā'id al-fiqhīyah)*" si specifica che «*In public international law, 'maxims of law' are viewed as synonimous with 'general principles of law'*»[617] e ciò operando un richiamo all'opinione di Phillimore nel corso della discussione in seno al Comitato di giuristi incaricato di redigere lo Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale[618]. I principi che saranno formalizzati nello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale non possono tuttavia essere circoscritti alle sole "massime giuridiche"[619]. Rispetto al diritto islamico si pone in effetti un problema di traducibilità della formula *Al-Qawā'id al-fiqhīyah* sia in termini semantici che in termini di concettualizzazione della stessa. La prima difficoltà è più facilmente superabile se non si pone tale categoria

[615] M.E. BADAR, *Islamic Law (Shari'a) and the Jurisdiction of the International Criminal Court*, *cit*..
[616] *Infra*, § 4.3, § 4.4.
[617] M.E. BADAR, *Islamic Law (Shari'a) and the Jurisdiction of the International Criminal Court*, *cit*., p. 420.
[618] C.P.J.I., *Comité consultatif,* 15ième séance, 3 juillet, 1920, p. 335.
[619] Sulla distinzione tra principi e massime si veda: R.KOLB, *Les maximes juridiques en droit international public: question historiques et théoriques*, RBDI, 1999/2, pp. 431-434. Nella parte introduttiva dell'articolo si legge che «*Procédant de la tradition juridique commune aux peuples, elles* [le massime] *trouvent leurs racines le plus souvent dans le droit romain et leur élaboration formelle dans le ius commune nourri par les civilistes et canonistes du moyen âge*», (*Ivi*, p. 408).Quei popoli o genti di cui si richiama una comune tradizione giuridica nella quale trovano fondamento le massime sono dunque i popoli europei. Va altresì sottolineato che nella costruzione teorica di questo autore i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili si confondono con i principi generali che abbiano individuato nel secondo significato della nozione di "principi".

normativa in diretto rapporto col diritto internazionale. Le formule "massime giuridiche" e "principi di diritto" sono ugualmente valide. Sul piano concettuale invece il discorso dev'essere svolto per quello che le *Al-Qawā'id al-fiqhīyah* rappresentano nel diritto musulmano posto che, un po' come accade per l'impiego del termine "principi" in ambiente giuridico che in senso lato definiamo "occidentale", così nel diritto islamico se le opere dedicate ai principi generali riportano nel titolo il termine *qawā'id*[620], «*legal works having this term in their titles do not necessarily deal with "legal principles"*»[621]. Le massime giuridiche di cui parliamo sono definite come «*theoretical abstractions in the form, usually, of short epithetical statements that are expressive, often in a few words, of the goals and objectives of Sharī'a. They consist mainly of statements of principles that are derived from the detailed reading of the rules of fiqh on various themes*»[622]. Intorno ad esse si è assistito negli ultimo decenni a un rinnovato interesse da parte della dottrina islamica[623] che discute sulla loro natura, sulla loro posizione nel sistema delle fonti, nonché sulla loro espressione sostanziale, con orientamenti che appaiono diversi in base alle scuole giuridiche di riferimento e talvolta all'interno della stessa scuola[624], evidenziandosi tuttavia un nucleo di cinque principi (per taluni autori quattro) sui quali tutte le scuole sono unanimemente concordi[625]. Tali principi, che rientrano anche nel più vasto catalogo dei "*Principes fondamentuax du Droit Sacré*" del codice ottomano redatto nel 1869[626] sono così sintetizzati: il danno deve essere riparato (o eliminato); gli atti devono essere giudicati sulla base delle intenzioni ad essi collegate; un fatto certo non può essere messo i discussione dal dubbio; la difficoltà

---

[620] Il termine *qawā'id* è plurale di *qā'ida* che può tradursi con: base, fondamento, principio, regola, norma, precetto, direttiva, formula.

[621] W. HEINRICHS, *Qawā'id as a genre of legal literature,* in: B. G. WEISS (Edt. by), *Studies in Islamic Legal Theory*, Brill, Leiden, 2002, p. 365 e pp. 372-373.

[622] M. H. KAMALI, *Legal Maxims and Other Genres of Literature in Islamic Jurisprudence*, *Arab Law Quarterly*, vol. 20, n. 1, 2006, p. 80.

[623] *Ivi*, p. 78.

[624] W. HEINRICHS, *Qawā'id as a genre of legal literature*, *cit*., pp. 368-374.

[625] *Ivi,* p. 369; M.E. BADAR, *Islamic Law (Shari'a) and the Jurisdiction of the International Criminal Court*, *cit*., p. 422. M. EL M. OULD BAH, *La littérature juridique et l'évolution du Malikisme en Mauritanie*, Publ. de l'Université de Tunis, Tunis, 1981, p. 16; S. JAHEL, *Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine*, in: *Revue international de droit compare*, Vol. 55, n. 1, Janvier-mars 2003, p. 108; M. H. KAMALI, *Legal Maxims and Other Genres of Literature in Islamic Jurisprudence*, *cit*., pp. 82-83. Per chiarezza, si precisa che il riferimento al "sistema delle fonti" dev'essere qui inteso in riferimento al sistema delle fonti di diritto islamico e non degli ordinamenti degli Stati di tradizione islamica.

[626] G. YOUNG, *Corps du droit Ottoman*, *Vol VI, Titre CXIII, Code civil Ottoman,* Clarendon Press, Oxford, 1906, p. 178 ss. Gli articoli che formalizzano i cinque principi in questione sono i seguenti: 1, 4, 17, 20, 36.

genera la facilitazione; la consuetudine ha forza di legge e può perciò stare alla base di un giudizio.

Il discorso sulle *qawā'id* sembra in qualche modo richiamare la nozione di "principi generali" in diritto interno[627] che si lega alla nozione di principi generali che abbiamo isolato nel secondo significato che la nozione dei principi assume in diritto internazionale[628].

Vi è tuttavia una fondamentale differenza che va evidenziata: l'elaborazione dottrinale delle diverse scuole giuridiche di diritto islamico, sia per quanto attiene alle *qawā'id*, sia per quanto attiene alla definizione delle norme sostanziali che regolano singoli istituti giuridici, non è assimilabile al diritto interno degli Stati. Le scuole potrebbero in effetti apparire come degli ordinamenti che si richiamano a un comune sistema giuridico, quello islamico. Così come l'ordinamento italiano e quello francese sono improntati al sistema di *civil law*. Ma le scuole, parrebbe forse superfluo ribadirlo, non sono degli Stati. La mappa della loro "giurisdizione" è antica e non segue confini statuali, segue l'evoluzione della storia dell'Islām ivi inclusa la concezione che tale civiltà giuridica aveva della sovranità, nonostante, si potrebbero aggiungere, la tradizionale diffusione territoriale delle varie scuole possa oggi essere racchiusa entro i confini di singoli Stati, alla cui dottrina viene fatto rinvio in strumenti di ordine giuridico-positivo[629].

L'analisi sui principi generali in diritto islamico, sulle *qawā'id* o ancora su dei principi che reggono singoli istituti, può ben essere condotta nel quadro del diritto musulmano classico. Altro è attingere da questo corpo di norme per affermare dei principi che, a partire dalle elaborazioni delle diverse scuole giuridiche, possano concorrere alla formazione dei principi generali di diritto in diritto internazionale, in quanto ascrivibili al sistema di diritto islamico.

Abbiamo già visto che le norme di diritto internazionale che formalizzano i principi generali, anche quando richiamano esplicitamente i "sistemi giuridici del mondo", si riferiscono alla normativa interna ovvero alla normativa degli ordinamenti dei singoli Stati. È dal diritto vigente in tali ordinamenti che dovranno essere ricavati quei principi generali che, se comuni a più sistemi giuridici (nella misura in cui gli ordinamenti degli

[627] *Supra* § 3.5.
[628] *Supra* § 3.2.
[629] *Infra*, nota 739.

Stati presi in esame siano riconducibili ai diversi sistemi giuridici), potranno concorrere alla costruzione dei principi generali di diritto in diritto internazionale.

Un confronto diretto tra diritto islamico e diritto internazionale, rilevabile dal titolo stesso dell'articolo "*Islamic Law (Shari'a) and the Jurisdiction of the International Criminal Court*" appare essere un mero "esercizio di stile" se lo scopo, come dichiarato, è quello di rilevare i principi generali di diritto. Il livello normativo degli ordinamenti statuali è assente dall'analisi, salvo qualche estemporaneo riferimento[630]. La ricerca è condotta a partire dalle fonti prime del diritto musulmano, il Corano e la Sunna del Profeta o ancora sulla Sunna dei quattro Califfi Benguidati[631] esplorando le soluzioni e le conclusioni cui sono addivenute le scuole giuridiche[632]. Tali soluzioni o affermazione di principi, sono poste in diretto rapporto con le previsioni dello Statuto di Roma per rilevare le concordanze che esistono su determinati punti tra i due sistemi giuridici, per concludere che sulla base di «*this preliminary study and other scholarly works, there is no reason for the Islamic legal system, which is recognized by such e considerable part of the world, not to be included in comparative studies to reveal to the international judge a more complete picture of legal systems from which he or she is to derive general principles of law*»[633]. Qual è tuttavia la comparazione che qui è stata esercitata? Quella tra principi di diritto islamico e le previsioni dello Statuto di Roma, ovvero con delle disposizioni di diritto internazionale che in senso lato possono esser definite "principi", ma che non sono i principi previsti dall'articolo 21 dello stesso Statuto, ossia i principi generali di diritto. Se assumiamo, come abbiamo visto, che tanta parte del diritto internazionale, pur nella sua autonomia rispetto al diritto interno degli Stati, è in qualche modo un'emanazione della concezione giuridica occidentale, vediamo che tale assunto è implicitamente accolto dalla comparazione svolta da Badar, come se non solo i principi generali di diritto previsti dall'articolo 21, ma l'insieme delle disposizioni dello Statuto di Roma rappresentassero un diritto che certo è diritto internazionale – e quindi in tal caso espressione del consenso degli Stati sul testo di un trattato in principio non assoggettato a qualsivoglia influenza del diritto interno degli Stati – ma

[630] M.E. BADAR, *Islamic Law (Shari'a) and the Jurisdiction of the International Criminal Court*, *cit*., p. 421 e 427. Si tratta in un caso dell'applicazione di un principio di diritto islamico da parte dei giudici della Corte Suprema di Abu Dhabi (EAU), nell'altro della consolidata giurisprudenza della Suprema Corte Federale sempre degli Emirati Arabi Uniti, nel riconoscere diversi gradi di "stati mentali" al fine della valutazione dell'intenzionalità di commettere un crimine.
[631] *Ivi*, pp. 425-426.
[632] *Ivi*, pp. 428-429 e p. 430.
[633] *Ivi*, pp. 432-433.

evidentemente un diritto che conosce una più marcata influenza di una certa area giuridica di diritto interno che non è quella di diritto islamico.

La dimostrazione – cui si perviene attraverso una comparazione diritto islamico-diritto internazionale – della presenza nel sistema di diritto islamico di principi e norme che sono in sintonia con le disposizioni dello Statuto di Roma, pare assumere le sembianze di un tentativo di legittimazione del diritto islamico sul piano del sistema normativo internazionale come premessa a quella che dovrebbe essere una comparazione tra ordinamenti di diritto interno, al fine dell'estrapolazione dei principi di diritto in diritto internazionale, a partire anche dai principi che sono contemplati nel sistema di diritto islamico. Il tipo di analisi svolta da Badar, visto sotto questa luce, sembra dar conto di una sorta di rassegnazione storica: se il sistema di diritto islamico sin qui non è stato preso in considerazione dal giudice internazionale al fine dell'elaborazione dei principi generali di diritto, dimostrare che il sistema di diritto islamico non è incompatibile con l'attuale assetto del diritto internazionale può configurarsi come un'indicazione che la dottrina rivolge al giudice internazionale al fine della rilevazione dei principi generali. Rilevazione che, come sembrano indicare le già riportate battute conclusive dell'articolo, dovrebbe comunque passare attraverso una ricerca di diritto comparato. Il fatto tuttavia di aver analizzato una dimensione giuridica prestatuale – quella delle scuole giuridiche islamiche – ponendola in dialogo diretto con la contemporaneità del diritto internazionale, senza passare da un'analisi delle previsioni degli ordinamenti interni degli Stati di tradizione islamica (nel senso più sopra precisato) potrebbe tuttavia indurre anche ad altra conclusione, una conclusione che sarebbe sorretta dalla modalità con cui le Corti internazionali hanno fatto ricorso ai principi generali, ovvero senza ricorrere a un'indagine di diritto comparato.

Ricordiamo qui l'osservazione iniziale che guidò la ricerca di Schlesinger: «*In case after case, the judge writing the opinion simply expressed a hunch, a hunch probably based upon the legal systems with which he happened to be familiar*»[634]. Se la rilevazione dei principi generali di diritto da parte del giudice internazionale, si è data dunque attraverso un' "intuizione", ovvero attingendo al proprio patrimonio di conoscenza giuridica senza passare attraverso un'indagine di diritto comparato volta a verificare l'effettiva operatività di un principio generale in seno ai diversi sistemi

[634] R. B. SCHLESINGER, *Research on the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations*, *cit*., p. 734.

giuridici[635], perché allora non attingere anche alla sapienza giuridica della tradizione islamica per individuare dei principi generali idonei ad operare in diritto internazionale? Questa opzione che, in definitiva, per il modo in cui è stata impostata l'analisi, appare la direzione segnata da Badar, si fonderebbe sull'osservazione della prassi delle Corti internazionali[636] e non quindi sulla previsione formale in tal caso dell'articolo 21 dello Statuto della Corte penale internazionale. Il potere di "dire" i principi spetterebbe al giudice internazionale il quale certo può farvi ricorso sulla base dello Statuto dell'organo cui è preposto, ma che, a seguire il dettato della previsione giuridico formale, dovrebbe indagare quali siano i principi comuni a più ordinamenti interni prima di elaborare un principio generale che possa essere applicato in diritto internazionale.

Se una prassi consolidata ha visto il ricorso ai principi generali da parte del giudice internazionale senza delle argomentazioni basate su degli studi di diritto comparato, il fatto che recenti voci della dottrina reclamino un ruolo del diritto musulmano nel concorso alla determinazione dei principi generali di diritto, senza la verifica dell'operatività di tale diritto negli ordinamenti interni degli Stati, richiederebbe per lo meno che il giudice internazionale abbia una conoscenza adeguata del sistema di diritto musulmano classico. Ripetere tuttavia la prassi di un passato in cui la componente dominante della comunità internazionale era quella occidentale nelle sue varie articolazioni giuridiche – situazione dalla quale abbiam fatto derivare, relativamente al periodo in questione, la natura consuetudinaria dei principi generali di diritto – in un presente in cui anche i principi che riposano nella tradizione giuridica dell'Islām dovessero essere rilevati "intuitivamente", porterebbe a disconoscere ancora una volta il quadro giuridico positivo che prevede si possa far ricorso ai principi generali, lasciando al giudice una discrezionalità che, ne fosse edotto, gli permetterebbe per assurdo di far ricorso anche a qualche principio di diritto ittita.

Se sono le stesse immutate norme di diritto internazionale a richiedere che una certa situazione che si è consolidata storicamente muti, perché è la stessa composizione della

---

[635] Così ad esempio la Corte permanente di giustizia internazionale: «*la Cour constate que c'est un principe du droit international, voir une conception générale du droit, que toute violation d'un engagement comporte l'obligation de réparer*», C.P.J.I., *Affaire relative à l'usine de Chorzów (fond)*, del 13.09.1928, Série A- N. 17, p. 29.

[636] B. CHENG, *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, *cit*..

comunità internazionale che è mutata[637], invocare delle modalità del passato per la rilevazione dei principi generali equivale ad ammettere che quelle modalità erano fondate non solo in virtù di un dato di fatto che rileva dalla prassi e da un ambiente giuridico che era caratterizzato da una prevalente omogeneità tra i soggetti di diritto internazionale, ma che lo erano anche sotto il profilo metodologico, contraddicendo così l'assunto di partenza che, richiamandosi al lavoro di Schlesinger, non poteva che indicare la strada del diritto comparato. A corollario di una simile impostazione, i principi generali cadrebbero in una sorta di "limbo giuridico". Prima di esaminarne le ragioni esploriamo però degli ulteriori elementi che paiono essere sottesi all'analisi svolta da Badar e le circostanze per cui si è determinato un rinnovato interesse nei confronti del diritto musulmano che conseguentemente investe anche la riflessione dottrinale sui principi generali di diritto.

3.18. *L'esigenza di preservare la coerenza del sistema di diritto internazionale*

Come osserva il giudice Ammoun «*la jurisprudence internationale, particulièrement docile, entendait par "nations civilisées" celles formant le "concert européen" au droit des quelles, uniquement, elle déclarait emprunter les principes généraux de droit par voie d'analogie*»[638]. Un simile modo di operare, unito al fatto che, citando sempre Ammoun «*la justice international n'ait généralement pas spécifié les sources internes des principes généraux du droit qu'elle a dégagés*»[639] si è protratto ben oltre lo spirare del "*concert européen*" ed è stato possibile, senza che si segnali nessuna particolare opposizione da parte degli Stati, in quanto il giudice internazionale attingeva ad un fondo giuridico e partecipava di una logica giuridica comuni agli ordinamenti di quegli Stati che maggiormente avevano contribuito alla formazione e all'evoluzione del diritto internazionale e ciò anche quando, evidentemente, le sue origini nazionali non fossero

---

[637] «*Sur le plan du droit des gens, l'adaptation du droit aux faits, nécessitée par la mutation politique aux résonances mondiales du milieu de ce siècle, a été largement réalisée par l'énonciation solennelle des principes et buts des Nations Unies. Toutefois, leur mise en œuvre a été plus efficace au sein des organes politiques de l'organisation universelle qu'elle ne l'est dans les sphères judiciaires internationales où se posent, sur le terrain juridique, les problèmes nés de la rupture entre le droit et la réalité sociale. Aussi est-il de l'intérêt de la justice et du droit que ces problèmes soient abordés dans une vision claire du sens de l'histoire et une représentation totale d'un monde dont nul ne serait désormais exclu, si tard venu soit-il*», F. AMMOUN, *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, *Deuxième phase*, C.I.J., Arrêt du 5 Février 1970, *Recueil* 1970, *Op. individuelle*, p. 288.

[638] F. AMMOUN, *Plateau continental de la mer du Nord*, C.I.J., Arrêt du 20 Février 1969, *Recueil* 1969, *Op.individuelle*, p. 134.

[639] *Ivi*, p. 138.

collocabili in Paesi tradizionalmente di *common law* o *civil law*[640]. Nonostante la mutata composizione della comunità internazionale Bedjauoi fa notare che «*The conservative function of the law was fully exercided in the first phase of decolonization. It was indeed static, demonstrating all its ability to conserve the established order and the privileges attached to it*»[641]. Oltre alla cifra del privilegio, se guardiamo ai principi generali, questa situazione può rispondere all'esigenza di mantenere una coerenza di carattere sistemico.

In tal senso possiamo riprendere delle osservazioni emerse nel caso del Sahara occidentale[642] che non investono direttamente i principi generali, ma in cui si vedono contrapposte due diverse concezioni del diritto su di una questione – peraltro non ancora risolta[643] – che aveva attinenza con la sovranità territoriale: «*il est nécessaire de souligner que, si l'on s'éloigne de l'idée que le droit international général est unique, de graves conséquences pourraient en découler. La plus fondamental serait que le raisonnement juridique serait incapable de produire un minimum d'accord, car on utiliserait des catégories de base foncièrement différentes et l'on emploierait même, alternativement, des allégations contradictoires*»[644]. Qui vengono in gioco delle differenti categorie di base del ragionamento giuridico che in senso lato potremmo anche chiamare principi generali. Ma quali categorie? La questione del Sahara occidentale, portata all'attenzione della Corte internazionale di giustizia, si era posta in un primo momento nel 1957 all'indomani dell'indipendenza del Marocco e prima dell'indipendenza della Mauritania[645]. Il Marocco a fondamento delle proprie pretese sul Sahara occidentale poneva già allora la concezione islamica del territorio, o meglio, la concezione islamica dell'organizzazione politica, nella quale anche il territorio ha un ruolo, che non è però quello che ad esso attribuisce la concezione occidentale[646]. A

[640] *Supra,* nota 8.
[641] M. BEDJAOUI, *Towards a new international economic order*, UNESCO, Holmes & Meier Publishers, New York, 1979, pp. 62-63.
[642] *Sahara occidental*, *avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975*, p. 12
[643] http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/minurso/; la Risoluzione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite S/RES/2152 (2014), del 29 aprile 2014, ha esteso il mandato della Minurso (*Mission des Nations Unies pour l'organisation d'un référendum au Sahara occidental*) al 30 aprile 2015. Il 28 aprile 2015 una nuova Risoluzione (S/RES/2218 2015) ha protratto ulteriormente la Missione fino al 30 aprile 2016.
[644] F. ARIAS-SALGADO, *C.I.J.*, *Mémoires*, *Sahara occidental*, *Vol. V, Exposés oraux*, p. 58.
[645]F. DE LA SERRE, *Les revendications marocains sur la Mauritanie*, in:*Revue française de science politique*, 16e année, n. 2, 1966, pp. 320-331; F. DE CHASSEY, *Colonisation, décolonisation et sociétés traditionnelles en Mauritanie*, in: *Maghreb Machrek*, n. 189, Automne 2006, p. 64.
[646] F. DE LA SERRE, *Les revendications marocains, cit.,* pp. 321-322. Per le argomentazioni del Marocco nel caso del Sahara occidentale si veda: *C.I.J., Mémoires*, *Sahara occidental*, Vol. III, pp. 170-180.

queste tematiche ha dedicato uno studio Maurice Flory[647], che analizza i fondamenti della concezione occidentale e della concezione islamica del territorio[648], descrivendo poi un quadro evolutivo della nozione araba di territorio nel XX secolo in grado di sfidare «*le droit occidental et le droit international*». Venendo quindi ai criteri che il diritto internazionale pone per dirimere le controversie inerenti alla sovranità territoriale, punto di partenza del ragionamento è «*le droit occidental qui se confond ici avec le droit international public*»[649]. Tali criteri sono poi posti in relazione con quelli presenti nella costruzione teorica islamica avendo come riferimento il caso delle rivendicazioni del Regno del Marocco[650].

Le categorie di base del ragionamento giuridico cui prima si alludeva, sono dunque da un lato quelle del diritto internazionale nel suo essere fondato sulla tradizione giuridica occidentale; dall'altro quelle del diritto islamico. Il raffronto tra queste due categorie non è dato su un piano di parità, in quanto, qualora in termini generali dei principi di diritto islamico fossero stati accolti in diritto internazionale, questi si sarebbero costituiti come un fattore di destabilizzazione della logica giuridica del sistema. È in questo elemento che possiamo cogliere la necessità espressa da Badar di dare una giustificazione della compatibilità del diritto islamico col diritto internazionale, quale premessa alla rilevazione dei principi generali di diritto da parte del giudice internazionale. Il diritto occidentale non necessita evidentemente di una tale giustificazione perché in un certo qual senso gli è consunstanziale; la qualcosa non significa il sostenere un approccio di tipo monista, ma semplicemente rilevare un dato di ordine storico che inevitabilmente ha influenzato il fenomeno giuridico. Preciseremo meglio tale posizione più oltre nel presente capitolo[651].

---

[647] M. FLORY, *La notion de territoire arabe et son application au problème du Sahara*, *Annuaire français de droit international*, vol. 3, 1957, pp. 73-91.
[648] *Ivi*, pp. 74-78.
[649] *Ivi*, p. 81.
[650] *Ivi*, p. 83-89; «*L'Islam envisage dans un cas de ce genre, non pas une délimitation de frontières, c'est-à-dire une opération conventionnelle réalisée entre deux parties juridiquement égales, mais une limitation de frontières, c'est-à-dire une opération unilatérale qui consistera en l'occurrence à constater l'existence de l'Umma et à en tirer les conséquences*» (pp. 86-87). Oltre al caso di studio del Sahara occidentale vengono segnalate altre situazioni in cui all'epoca emergevano delle divergenze tra principi di diritto internazionale e concezione islamica, in particolare la costituzione dello Stato di Israele, la questione del Canale di Suez e quella che in divenire sarebbe stata la liberazione dell'Algeria dalla colonizzazione francese (p. 88).
[651] *Infra,* § 3.21.

3.19. *Gli Stati di tradizione islamica: diritto interno e relazioni internazionali*

La riflessione dottrinale sui principi generali che a partire dagli anni sessanta del secolo scorso comincia ad esprimere un orientamento volto ad includere l'insieme dei sistemi giuridici di diritto interno nella rilevazione dei principi generali, pare attestarsi su affermazioni di principio che non trovano riscontro nella concreta esplorazione dei principi operanti nei diversi sistemi di diritto interno. Come abbiamo visto il fenomeno si manifesta tanto sotto il profilo del diritto internazionale che del diritto comparato. Alla consapevolezza dell'esistenza di un sistema di diritto musulmano, non fa seguito una sostanziale ricognizione dei principi che regolano tale sistema giuridico, o meglio, degli ordinamenti degli Stati che si richiamano a tale sistema giuridico. Al di là delle costrizioni di ordine culturale che possono aver dispiegato i loro effetti, come può esser stato nel caso dell'analisi condotta da Friedmann, vi sono degli elementi che non vanno sottovalutati e che hanno attinenza sia col mero piano degli ordinamenti interni degli Stati costituitesi a seguito del processo di decolonizzazione, sia con la realtà politica delle relazioni internazionali del secondo dopoguerra. Sul primo punto vediamo con Richard Falk che: «*In understanding the role of the new states in international legal order it is essential to grasp that the requirements for domestic political life normally take precedence and shape the participation of the new states in foreign affairs […]. One problem common to the new states is the difficulty they experience in legitimating their authority to govern within their own societies*»[652].

La necessità di un'organizzazione statuale e della legittimazione del potere sul piano interno, limitava dunque una proiezione sul piano internazionale che andasse oltre le istanze terzomondiste o, limitatamente all'area che più ci interessa, alla promozione di una specifica identità araba espressa dalla Lega degli Stati arabi nei suoi testi costitutivi[653]. Lega araba che fu definita all'indomani della sua costituzione nel 1945 come "una testa inglese su di un corpo arabo" in quanto un'unione data da distinti Stati arabi si poneva come un'innovazione, o una stranezza priva di fondamento dottrinale nella costruzione politico-giuridica di territori storicamente soggetti a una giurisdizione

[652] R. A. FALK, *The New States and International Legal Order*, RCADI, Vol. 118, 1966, V, p. 13.
[653] *Egypt-Iraq-Lebanon-Saudi Arabia-Syria-Transjordan-Yemen: Text of the Pact of the Arab League*, in: AJIL, Vol. 39, N. 4, Supplement: Official Documents (Oct. 1945), pp. 266-271; P. W. IRELAND, *The Pact of the League of Arab States*, in: AJIL, Vol. 39, N. 4 (Oct. 1945), pp. 797-800.

islamica[654]. Di nuovo il tema che affiora è quello della sovranità territoriale, a segnare un passaggio che non solo contraddistingue l'affrancamento dalla dominazione europea nella ritrovata indipendenza, ma una mutazione genetica rispetto alle tradizionali categorie giuridiche, rappresentata dalla costituzione in forma Stato[655].

Era il 1956 quando Majid Khadduri scriveva che «*Not only has the jihad become an obsolete weapon, but also since Islam has in the past exhausted its power, and its initiative has passed to other great Powers, it has become permissible – even necessary, according to the principles of Islamic law – that Islam look after its interests in accordance with the changed circumstances of life. If certain publicists have insisted on a more active role for the shari'a in the domestic affairs of Islam, their interest on the international plane has been primarily to demonstrate that the shari'a can contribute to the development of the modern law of nations for the mutual benefit of Islamic and Christian nations*»[656]. A parte qualche ottimismo che andrebbe passato al vaglio di quanto sta registrando l'attuale scorrere della storia, e quella che pare una riduzione del diritto internazionale a sistema che preside alla regolazione dei rapporti tra nazioni islamiche e cristiane, ciò che è tratteggiato è una resa dei principi shariatici sul piano delle relazioni internazionali e un orientamento alla conservazione di quei principi sul piano del diritto interno, diritto interno che tuttavia all'epoca rimane sullo sfondo neutralizzato da una serie di fattori: assorbito dalla concezione europea delle relazioni internazionali; componente tra le altre del processo di costruzione e legittimazione del potere sul piano interno; segnato dall'influenza del diritto occidentale, un'influenza «*qui a marqué un grand nombre de dirigeants arabes, formés par des maîtres occidentaux ou dans des universités européennes; influence importante aussi sur un droit dont*

---

[654] O. CARRÉ, *La Ligue des États arabes*, in: *Revue française de science politique*, 21[e] année, n. 2, 1971, pp. 362-365; B. BOUTROS-GHALI, *La Ligue des États arabes*, RCADI, Vol. 137, 1972, pp. 1-81; R. BEN ACHOUR, *L'impossible réforme de la ligue des États arabes*, in: L. BOISSON DE CHAZOURNES, V. GOWLLAND-DEBBAS (eds), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality, Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, Kluwer Law International, The Hague, 2001, pp. 807-822.

[655] «*L'idée est simple. Pour faire partie du monde, faire entendre sa voix, participer à la vie de la communauté internationale, il n'y a pas réellement de choix. Il faut se constituer en Etat*», Y. BEN ACHOUR, *La civilisation islamique et le droit international*, RGDIP, Tome CX, 2006, p. 24.

[656] M. KHADDURI, *Islam and Modern Law of Nations*, AJIL, Vol. 50, n. 2 (Apr., 1956), p. 371. L'analisi di Khadduri secondo cui gli Stati di tradizione islamica si erano completamente adattati al sistema degli Stati nazionali è considerata da talune voci della dottrina «*perhaps somewhat exaggetated at the time*», ma pienamente adeguata a descrivere la situazione attuale, cfr.: R. WOLFRUM, *Constitutionalism in Islamic Countries. A Survey from the Perspective of International Law*, in: R. GROTE, T. J. RÖDER (Edt by), *Constitutionalism in Islamic countries, cit.*, p. 80.

l'évolution, pour déconcertant qu'elle soit par ses brusques retours aux sources, n'en existe pas moins»[657].

A tali fattori che hanno contraddistinto sul piano del diritto interno l'emergere dei nuovi Stati, va accostata la situazione che ha caratterizzato il sistema delle relazioni internazionali nel periodo della guerra fredda dominato dalla politica dei blocchi contrapposti[658]. Se isoliamo il conflitto israelo-palestinese come una costante dello scenario mediorientale dal 1948 in poi[659], abbiamo visto che è stata la rivoluzione in Iran del 1979 a portare all'attenzione internazionale una "questione islamica", questione islamica che investe anche i principi e i valori espressi dal diritto musulmano. La rivoluzione islamica che si consuma in campo sciita con la nuova dottrina della *wilāyat-i faqīh* (il governo del giureconsulto) elaborata da Ruhollah Khomeini[660], non trova un equivalente rivoluzionario su base statuale nell'Islām sunnita, dove si assisterà però ad un altro fenomeno. Punto di partenza in tal caso è il 1989, anno che marca simbolicamente la fine della politica dei blocchi[661] e che vede l'adozione, attraverso un referendum popolare, di una nuova costituzione in Algeria[662] il cui articolo 40 riconosceva il diritto di creare delle associazioni a carattere politico. È così superato nel Paese il sistema a partito unico facendo dell'Algeria «*le premier pays du tiers monde à se détacher du système socialiste avec toutes ses représentations*»[663]. Si tratta quindi di un allentamento dei legami con la superpotenza di riferimento, in tal caso l'allora Unione Sovietica.

Al primo turno delle elezioni legislative del 26 dicembre 1991 – le prime indette dopo la riforma costituzionale – , il FIS (*Front Islamique du Salut*) partito di ispirazione

---

[657] M. FLORY, *La notion de territoire arabe*, *cit*., p. 90.
[658] A. MIELE, *La comunità internazionale*, *cit*., pp. 32-34.
[659] L'articolo II, A), 5 della Carta dell'Organizzazione della Conferenza islamica, annovera tra gli obiettivi dell'Organizzazione quello di "*to co-ordinate efforts for the safeguard of the Holy Places and support of the struggle of the people of Palestine, and help them to regain their rights and liberate their land*", Charter of the Islamic Conference, UN Treaty Series, Vol. 914, 1974, N. 13039, pp. 111-116 (versione inglese).
[660] R. KHOMEINI, *Il governo islamico. O l'autorità del giuriconsulto*, Il Cerchio, Rimini, 2006.
[661] «*9 Novembre 1989: R.D.A.: Ouverture de la frontière interallemande et suppression des restrictions de voyage. Traversée massive du mur de Berlin par des Allemands de l'est durant les week-ends des 11-12 et 18-19 novembre. (LM. 11/11/89; K. 1989, n° 11, 37024 et n° 12, 37110*)», *Chronologie des faits internationaux d'intérêt juridique (année 1989)*, in: *Annuaire français de droit international*, Vol. 35, 1989, p. 985.
[662] Decreto presidenziale n. 89-18 del 28 febbraio 1989 relativo alla pubblicazione in Gazzetta ufficiale della revisione costituzionale adottata con referendum del 23 febbraio 1989, JORA, p. 188.
[663] M. BOUSSOUMAH, *La parenthèse des pouvoirs publics constitutionnels de 1992 a 1998*, Office des publications universitaires, Alger, 2005, p. 8.

islamista riporterà una vittoria eclatante e inattesa ottenendo 188 seggi su 232[664]. L'ideologia del FIS sosteneva la sovranità di Allah nella sfera temporale, qualificava i sistemi democratici come apostati (*Kofr*) e riduceva il multipartitismo nel quadro della concezione dello Stato islamico: ammissibile solo qualora una pluralità di raggruppamenti politici si fosse costituita al fine di operare in favore dell'Islām[665]. Più in generale, l'ideologia islamista sosteneva che fosse imperativo per il governo attenersi ai principi generali di diritto musulmano nello svolgimento della propria attività[666].

In sintesi, di fronte all'ipotesi di un'Assemblea nazionale retta con una maggioranza di due terzi dal FIS, il secondo turno di scrutinio previsto per il 16 gennaio 1992 fu sospeso dall'*Haut Conseil de Securité*[667]; il 9 febbraio dello stesso anno fu decretato lo stato d'urgenza, il 4 marzo fu dissolto il FIS e il 4 dicembre fu reiterato lo stato d'urgenza per lottare contro il terrorismo islamista[668] che stava precipitando il Paese in una guerra civile.

Nel 1995 i GIA (*Groupes islamistes armés*), una delle componenti islamiste attive nel Paese, pareva potessero conseguire una vittoria militare e politica in Algeria, al punto di imporre un ultimatum a Germania, Stati Uniti e Regno Unito col quale si intimava di evacuare i loro ambasciatori e di rompere ogni relazione diplomatica con lo Stato algerino, così come alla Francia si intimava di chiudere l'ambasciata ad Algeri[669]. Qualche anno più tardi, usciti sconfitti nel conflitto interno algerino, i GIA e il *Groupe salafiste pour la prédication et le combat*, si sarebbero uniti ad Al-Qaida nel 2007 con il nome di Al-Qaida nel Maghreb islamico[670].

La situazione algerina, così come quella rivoluzionaria in Iran, hanno un profilo meramente interno, salvo che per alcuni fatti ad esse connessi rilevanti per il diritto internazionale, valga su tutti il caso del personale diplomatico e consolare degli Stati Uniti a Teheran[671]. Se nel caso dell'Iran tuttavia, vi è stato un cambio di regime in senso

---

[664] *Ivi*, p. 26.
[665] *Ivi*, p. 9, pp. 33-34.
[666] B. YOUNESSI, *L'islamisme algérien: nébuleuse ou mouvement social?*, in: *Politique étrangère*, Année 1995, Vol. 60, n. 2, p. 376.
[667] M. BOUSSOUMAH, *La parenthèse des pouvoirs publics constitutionnels*, *cit*., p. 32, p. 51.
[668] P. MICHÈLE, *Chronologie des faits internationaux d'intérêt juridique – 1992*, in: *Annuaire français de droit international*, Vol. 38, 1992, p. 1171, p. 1172, p. 1204. M. GUIDÈRE, *Historical Dictionary of Islamic Fundamentalism*, Scarecrow Press, Lanham-Maryland, 2012, pp. 161-163.
[669] P. MICHÈLE, *Chronologie des faits internationaux d'intérêt juridique,* in: *Annuaire français de droit international*, Vol. 41, 1995, p. 948.
[670] L. BONELLI, *Les chemins de la radicalisation*, in: *Le Monde diplomatique*, n. 731, Févier 2015, pp. 14-15.
[671] *United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran*, *Judgment, I.C.J. Reports 1980*, p. 3

islamico, che ha portato anche la dottrina internazionalistica a delle valutazioni inerenti a ciò che veniva visto come un rinnovato orientamento verso i tradizionali principi del diritto musulmano[672], nel caso algerino, per il quale si è parlato di rischio di iranizzazione[673], le forze islamiste con il loro portato ideologico legato all'idea di voler costruire uno Stato fondato in via esclusiva sul diritto shariatico, non hanno raggiunto il loro scopo. L'immediata rilevanza sul piano del diritto internazionale resta in tal caso legata alla nozione di "terrorismo".

Il Governo algerino, su invito del Segretario generale delle Nazioni Unite rivolto agli Stati membri, presentava nel 1994 delle osservazioni nelle quali si proponeva «*l'élaboration d'une convention internationale tant en ce qui concerne le problème de la définition du terrorisme qu'en ce qui concerne les obligations incombant aux États ou la coopération internationale qui devraient constituer les axes fondamentaux de la future convention*»[674]. L'Assemblea generale delle Nazioni Unite, nel dicembre del 1994, adottava una risoluzione sulle misure volte ad eliminare il terrorismo internazionale, nella quale si dichiarava che «*Les actes criminels qui, à des fins politiques, sont conçus ou calculés pour provoquer la terreur dans le public, un groupe de personnes ou chez des particuliers sont injustifiables en toutes circonstances et quels que soient les motifs de nature politique, philosophique, idéologique, raciale, ethnique, religieuse ou autre que l'on puisse invoquer pour les justifier*»[675]. L'affermazione che delle motivazioni, tra le altre, di carattere religioso, non potessero essere assunte a giustificazione di atti criminali, porta a non poter qualificare sul piano giuridico un fenomeno terroristico come "islamico"[676]. Nella risoluzione del Consiglio di sicurezza con cui venne istituito il comitato noto come "Comitato delle sanzioni contro Al-Qaida"[677] si fa riferimento "ai terroristi internazionali e alle loro organizzazioni" senza

---

[672] *Supra,* § 1.3.
[673] M. BOUSSOUMAH, *La parenthèse des pouvoirs publics constitutionnels*, *cit*., p. 33.
[674] Nazioni Unite, A/49/257, 25 luglio 1994, Par. II-5.
[675] NU, A/RES/49/60, 17 febbraio 1995, Annexe, Par. 3; la statuizione sarà reiterata nella risoluzione A/RES/51/210 del 16 gennaio 1997 (Par. I, 2) nella quale figura un elenco delle convenzioni internazionali volte a contrastare atti di terrorismo, con l'invito agli Stati di divenirne parte qualora già non l'avessero fatto (par. I, 6).
[676] NU, S/RES/1989 (2011) : «*Réaffirmant également que le terrorisme ne peut et ne saurait être associé à aucune religion, nationalité ou civilisation»* (Preambolo), «*Décide que tous les États prendront les mesures résultant de l'alinéa c) du paragraphe 8 de la résolution 1333 (2000) et des paragraphes 1 et 2 de la résolution 1390 (2002) concernant le réseau Al-Qaida, et autres personnes, groupes, entreprises et entités qui lui sont associés*» (Par. 1).
[677] NU, S/RES/1267 (1999), del 15 ottobre 1999, paragrafo 6. Ai sensi del pragrafo 1 della Risoluzione S/RES/2253 (2015) adottata in virtù del Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite il 17 dicembre 2015, il Consiglio di Sicurezza ha deciso che «*le Comité 1267/1989 des sanctions contre Al-Qaida sera*

che vi sia nessuna connotazione di carattere religioso, salvo che per quella che viene riferita come auto designazione di Emirato islamico dell'Afghanistan da parte della fazione dei Talebani, da cui si esigeva che Osama Bin Laden fosse rimesso alle autorità competenti[678]. Se formalmente quindi il terrorismo di matrice islamica non è definito "islamico", ciò non toglie che la matrice ideologica di certi gruppi terroristici fosse e sia perfettamente nota[679]. Va ribadito che si tratta per l'appunto di una "matrice", basata su alcune correnti di pensiero[680] che pur avendo un seguito restano minoritarie. Se in tali costruzioni teoriche l'organizzazione della dimensione politica – che in tal caso non chiamiamo Stato – vede una centralità del diritto musulmano[681], ciò non significa che il diritto musulmano, come di fatto accade, non sia presente in taluni ordinamenti di Stati di tradizione islamica, senza che perciò vi possa essere attribuita una valenza di carattere rivoluzionario o comunque islamista. Cionondimeno, nella rilevazione dei principi generali di diritto tale sistema giuridico è stato ignorato, salvo per l'appunto un interesse della dottrina manifestatosi in tempi molto recenti.

Ricorrendo a un'analisi di carattere storico vediamo che «Nel mondo islamico il ciclico rinnovamento del nazionalismo novecentesco è cominciato nei tardi anni ottanta. Tuttavia, in ragione del crollo dei modelli di orientamento ideologico, provocato dal conflitto Est-Ovest, il nuovo nazionalismo doveva rivelare un'altra identità. L'Islam era destinato a svolgere un ruolo di primo piano, in quanto ha contribuito a dare un fondamento mitico al carattere etnico dello stato nazionale: le vecchie espressioni ideologiche del politico hanno dovuto cedere il passo a una rifondazione mitica

---

désormais connu sous le nom de « Comité 1267/1989/2253 des sanctions contre l'EIIL (Daesh) et Al-Qaida » et la Liste relative aux sanctions contre Al-Qaida, sous le nom de Liste relative aux sanctions contre l'EIIL (Daesh) et Al-Qaida».

[678] *Ivi*, Paragrafi 1 e 2.

[679] «*Our delight in free association, privacy, and a multiethnic social fabric, and a stalwart sense that government should leave us alone were exploited by a violent jihad that corrupted the humanistic traditions of Islam*», R. WEDGWOOD, *Al Qaeda, Terrorism, and the Military Commissions*, AJIL, Vol. 96, n. 2 (Apr., 2002), p. 329. Alla difficoltà di trovare una definizione condivisa di "terrorismo" sul piano internazionale, ha dedicato uno studio Ben Saul il quale individua alcuni elementi idonei a poter definire un fenomeno come "terrorismo". Tra questi figura lo scopo basato su motivazioni di carattere politico, ideologico, religioso o etnico, cfr.: B. SAUL, *Defining Terrorism in International Law*, Oxford University Press, Oxford New York, 2006, pp. 65-66; R. GROZDANOVA, *'Terrorism' – Too Elusive a Term for an International Legal Definition?*, in: *Netherlands International Law Review*, Vol. 61, Issue 3, 2014, pp. 305-334. Per una lettura del fenomeno da una prospettiva islamica: J. REHMAN, *Islam, terrorism and international law*, in: B. SAUL (edt. by), *Research Handbook on International Law and Terrorism*, Edward Elgar Publ., Cheltenham, 2014, pp. 177-194.

[680] O. CARRÉ, Le *combat-pour-Dieu et l'État islamique chez Sayyd Qotbs, l'inspirateur du radicalisme islamique actuel*, in: *Revue française de science politique*, 33e année, n. 4, 1983, pp. 680-705.

[681] *Ivi*, pp. 695-701.

dell'Islam»[682]. Tale rifondazione ha una collocazione temporale in un contesto internazionale caratterizzato dall'esaurimento della contrapposizione Est-Ovest; in essa maturano i movimenti islamisti che irrompono sulla scena internazionale, determinando un interesse indotto e rinnovato nei confronti della civiltà islamica[683]. Il 17 luglio 1998 sarà adottato lo Statuto della Corte penale internazionale, che entrerà in vigore il primo luglio 2002, nel quale è sancito che la Corte possa far ricorso ai principi generali di diritto. Il diritto islamico, per lo meno attraverso la voce della dottrina, entra nel discorso sui principi generali di diritto non più come mera evocazione.

3.20. *Due concezioni del diritto e della giurisdizione*

Abbiamo visto come siano emerse delle differenze tra la concezione della sovranità in diritto internazionale e in diritto islamico. Tali differenze si sono evidenziate nell'ambito del processo che ha condotto territori tradizionalmente retti da un governo islamico ad acquisire una nuova soggettività nell'ambito del sistema di relazioni tra Stati, una soggettività che si lega oltre che alla dimensione territoriale, a uno dei caratteri originari del diritto internazionale ossia a quella parità che implica l'eguaglianza giuridica degli Stati. Se in tale elemento costitutivo della soggettività internazionale vediamo superata, nonostante alcuni tentativi di resistenza, la tradizionale concezione islamica della sovranità, dobbiamo considerare che a tale concezione era, e per taluni aspetti è ancora[684], inscindibilmente collegato l'intero corpo del diritto musulmano. Tale evidenza si delinea in alcune considerazioni che la Corte internazionale di giustizia ebbe a svolgere nel caso relativo ai diritti di cittadini statunitensi in Marocco[685]. La Corte rileva «*the principle of a personal law and the history of the old conflict between two concepts of law and jurisdiction: the one based*

---

[682] R. SCHULZE, *Il mondo islamico nel XX secolo*, Feltrinelli, Milano, 2004, p. 295, titolo originale: *Geschichte der isalmischen Welt im 20. Jahrhundert*, C.H. Bech'sche Verlagbuchhandlung, 1994.

[683] «*Ben Laden est un terroriste dangereux et nuisible. Mais, ce point de vue n'a pas, sur le plan de l'efficacité, plus de valeur que le sien. Que cela plaise ou déplaise, il représente une part de la civilisation islamique, autant que les manifestants qui, en 1979, ont envahi l'ambassade des Etats-Unis à Téhéran et retenu son personnel en otages, en violation des règles élémentaires de droit international général. Ne pas en tenir compte, c'est agir en idéologue et non pas en homme de science*»: Y. BEN ACHOUR, *La civilisation islamique et le droit international*, *cit.*, p. 20 e pp. 26-27.

[684] Si consideri a titolo di esempio la previsione dell'articolo 138 del Codice di famiglia algerino secondo cui "*Sont exclues de la vocation héréditaire, les personnes frappées d'anathème et les apostats*", (ovvero coloro che abbandonano l'Islām), Loi n. 84-11 du 9 juin 1984 portant Code de la famille modifiée et complétée par Ordonnance n. 05-02 du 27 février 2005.

[685] *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco, Judgment of August 27th, 1952: I.C.J. Reports 1952*, p. 176.

upon persons and the other upon territory. The right of consular jurisdiction was designed to provide for a situation in which Moroccan law was essentially personal in character and could not be applied to foreigners»[686]. Tale affermazione non entra nel merito di quali siano i principi di diritto islamico, semplicemente si limita a constatare, in rapporto al caso in discussione, l'esistenza di due diverse concezioni del diritto, l'una islamica, l'altra occidentale. Le osservazioni della Corte possono considerarsi come riferite alla dimensione del diritto interno partendo dal piano più ampio dell'identificazione di alcuni elementi strutturali propri di taluni sistemi giuridici. In una delle concezioni individuate, vale a dire quella del sistema di diritto islamico, viene infatti ascritto un diritto statuale, quello del Marocco[687]. L'altra concezione è quella del diritto occidentale, richiamato dal riferimento alle giurisdizioni consolari e considerato come sistema unitario.

È sintomatico che la Corte, nel 1952, affermi che il diritto del Marocco non potesse essere applicato agli stranieri, senza diversa precisazione; gli stranieri in questo caso, seguendo la linea di faglia della giurisdizione che abbiamo descritto, sono i cittadini di Stati occidentali, stranieri rispetto alla concezione della giurisdizione propria del diritto islamico, detto altrimenti i non-musulmani. La qualcosa, formalmente, poteva implicare che cittadini non soggetti alla giurisdizione del Marocco, ma di Stati di tradizione islamica, potessero non essere considerati stranieri. La logica del ragionamento appare quindi fondata non sulla base di un rapporto tra Stati sovrani, ma sulla base del rapporto tra sistemi giuridici di diritto interno.

I trattati bilaterali o multilaterali con i quali vennero istituite le giurisdizioni consolari e quindi i diritti di capitolazione ad esse collegati[688], permettevano che rapporti di tipo privatistico venissero regolati dal diritto proprio delle potenze occidentali[689]. Nel caso del Marocco, dopo la costituzione nel 1912 del Protettorato

---

[686] *Ivi*, p. 191.

[687] Formalmente, nel momento in cui veniva discusso il caso, il Marocco non godeva dello *status* di Stato indipendente in quanto soggetto al protettorato francese. Il discorso della Corte, laddove si riferisce a una legislazione marocchina, investe di fatto un arco temporale più ampio che include anche il periodo precedente all'instaurazione del protettorato. Possiamo qui citare l'arbitro Huber nel caso dei beni britannici nel Marocco spagnolo: «*Bien avant l'établissement des protectorats en 1912, le Maroc participait – abstraction faite du régime capitulaire auquel il était soumis – aux droits et devoirs que le droit international reconnaît aux États indépendants*», (*Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne contre Royaume-Uni)*, 1er mai 1925, NU, *Recueil des sentences arbitrales*, Vol. II, XIV, p. 648).

[688] *I.C.J.*, *Pleadings, Morocco Case (France v. U.S.A.), Vol. I.*, p. 236.

[689] Gli Stati Uniti furono l'ultimo paese ad aver rinunciato ai diritti di capitolazione in Marocco. La rinuncia fu formalizzata tramite una memoria dell'Ambasciatore degli Stati Uniti a Rabat indirizzata al

francese[690], nel 1913 furono istituiti dei tribunali di diritto francese e a partire dal 1914 molti Stati stipularono con la Francia degli accordi in base ai quali rinunciavano ai privilegi derivanti dalle capitolazioni, primo fra essi la Spagna «*prenant en considération les garanties d'égalité juridique offertes aux étrangers par les tribunaux français*»[691]. La garanzia dell'applicazione di un diritto di matrice europea fu perciò la condizione per rinunciare ai diritti capitolari, stante che il diritto islamico non era evidentemente considerato idoneo a fornire una parità di trattamento. Se questa assunzione ha fondamento, come abbiamo visto, nel fatto che il diritto islamico è un diritto su base personale, essa comportava *ipso facto* l'esclusione delle norme sostanziali applicabili nei tribunali di diritto islamico, nonché delle relative norme di procedura, norme queste ultime che sin dalla discussione del Comitato di giuristi incaricato di redigere lo Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale, venivano indicate come esempio di principi generali di diritto[692].

La Corte parla di un conflitto tra due concezioni del diritto e della giurisdizione, un conflitto che abbiamo visto risolversi in diritto internazionale a favore della concezione occidentale, in quell'elemento primo che è la costruzione della sovranità dello Stato. Tuttavia vediamo che, laddove si impone una concezione della giurisdizione per il tramite delle varie forme di dominio coloniale, si impone di conseguenza anche una concezione del diritto: il diritto di matrice occidentale.

È di interesse a tal proposito evidenziare taluni elementi del caso dei beni britannici nel Marocco spagnolo[693], ufficialmente un rapporto, nella sostanza una sentenza. L'arbitro Max Huber, cui era stato affidato l'esame del caso e la redazione del rapporto, constata che nessuna regola di diritto convenzionale poteva essere applicata alla situazione e che perciò si sarebbero dovuti applicare il diritto consuetudinario e i

---

Ministro degli Affari esteri del Marocco l'8 ottobre 1956. Si veda: P.E.L. BOMLI, *Le Maroc et le Régime des Capitulations*, *cit*., p. 88; R. YOUNG, *The End of American Consular Jurisdiction in Morocco*, AJIL, Vol. 51, N. 2 (Apr. 1957), p. 404.

[690] Traité relatif à l'organisation du protectorat français dans l'empire chérifien, Fès 30 mars 1912. In particolare l'articolo 6 del Trattato recita: «*Les agents diplomatiques et consulaires de la France seront chargés de la représentation et de la protection des sujets et des intérêts marocains à l'étranger. Sa Majesté le Sultan s'engage à ne conclure aucun acte ayant un caractère international sans l'assentiment préalable du Gouvernement de la République française*». Il testo del Trattato è pubblicato nel primo numero del *Bulletin Officiel* (*Empire Chérifien. Protectorat de la République Française au Maroc*), del 1° Novembre 1912, pp. 1-2.

[691] P.E.L. BOMLI, *Le Maroc et le Régime des Capitulations*, *cit*., p. 99.

[692] C.P.J.I., *Comité consultatif,* 15ième séance, 3 juillet, 1920, p. 335.

[693] *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne contre Royaume-Uni)*, 1er mai 1925, NU, *Recueil des sentences arbitrales*, Vol. II, XIV, pp. 615-742.

principi generali di diritto internazionale[694], considerando che nella composizione dei diversi interessi contrapposti, delle conclusioni "*justes et équitables*" si sarebbero potute trovare, avvalendosi anche dei precedenti della giustizia internazionale. Cionondimeno – considera l'arbitro – un margine di apprezzamento soggettivo non si sarebbe potuto escludere[695]. Huber richiama dunque dei principi di diritto che regolano la responsabilità in diritto internazionale[696] senza fare riferimento alcuno a dei principi di diritto interno. La sua concezione dei principi generali riposa piuttosto sull'idea del diritto.

Dopo aver tratteggiato dunque la questione della responsabilità internazionale per danni subiti da stranieri, l'arbitro si chiedeva se i risultati cui era pervenuto potessero essere modificati in ragione della situazione particolare del Marocco[697]. Qui Huber afferma che *«La responsabilité du protecteur [...] découle dans l'opinion du Rapporteur du fait que seul le protecteur représente le territoire protégé dans ses rapports internationaux. La responsabilité pour les événements de nature à affecter le droit international, se passant dans un territoire déterminé, va de pair avec le droit d'exercer à l'exclusion d'autres États les prérogatives de la souveraineté. Comme vis-à-vis de l'étranger la situation du protecteur est la même que celle d'un État souverain, sa responsabilité doit être la même*»[698]. La responsabilità è perciò imputabile – se dimostrata – alla potenza protettrice europea, ovvero alla Spagna, ma i principi di diritto in merito alla responsabilità internazionale sono stati delineati prima dell'esclusione della responsabilità dello Stato protetto, ovvero del Marocco. La controversia vedeva peraltro contrapposti due Stati europei. Se leggessimo i due passaggi a ritroso vedremmo che una volta affermata la sovranità della Spagna sul territorio marocchino ad essa soggetto, i principi generali in merito alla responsabilità in diritto internazionale sarebbero comunque ricaduti entro una concezione del diritto di matrice europea. Ragionando in astratto se si fosse viceversa potuta affermare l'imputabilità dello Stato protetto, dovremmo comunque pervenire ad un'ulteriore constatazione. Se l'arbitro Huber, nel richiamare dei principi generali, aderisce a una concezione legata all'idea del diritto, tale idea è comunque legata alla tradizione giuridica occidentale. Che il diritto musulmano in sé conosca o meno le nozioni di diritto naturale e di diritto positivo[699],

[694] *Ivi*, p. 639.
[695] *Ivi*.
[696] *Ivi*, p. 641.
[697] *Ivi*, pp. 647-650.
[698] *Ivi*, p. 649.
[699] *Supra,* § 1.7-1.8.

non sarebbe comunque potuto rientrare nella costruzione dell'idea di diritto dell'arbitro Huber. Dovendo definire una questione relativa a un diritto di proprietà egli afferma che «*Une investigation de tous les aspects juridique du problème […] est rendue impossible du fait qu'il n'est matériellement pas possible au Rapporteur de l'entreprendre, à moins qu'on ne lui soit permis d'ordonner une expertise par des spécialistes de droit musulman*»[700]. Il diritto musulmano, diritto dello Stato protetto, era un diritto sconosciuto al giudice internazionale e presumibilmente lo era anche la lingua araba in cui quel diritto si esprimeva. Siamo però in un periodo in cui non sussistono dubbi su quali debbano essere ritenute le "nazioni civili".

Esaurita definitivamente la fase del regime delle capitolazioni e in pieno processo di decolonizzazione, Flory nel suo contributo sulla nozione di territorio, svolge una riflessione di respiro più ampio considerando che: «*Un grand pas sera accompli le jour où, en toute loyauté, les pays en présence auront reconnu qu'avec les mêmes mots ils ne parlent pas le même langage. Alors seulement pourra s'ouvrir une deuxième étape, celle de la confrontation des deux positions divergentes avec le droit international reconnu aussi bien par les Etats occidentaux que par les pays arabes. Sans doute des interprétations divergentes de ce droit sont-elles fréquentes, chacun étant tenté d'y projeter son propre système juridique. Dans certains domaines pourtant, les constructions du Droit international sont claires et solides ainsi que l'a prouvé l'épreuve des faits*»[701]. La proiezione in diritto internazionale delle categorie proprie delle diverse tradizioni giuridiche nazionali, non costituisce in sé un elemento di novità; si tratta di un fenomeno che, come abbiamo sopra illustrato, era ben presente ai giuristi che redassero lo Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale. A costituire un elemento di novità sarebbe stata la proiezione in diritto internazionale delle categorie giuridiche proprie del diritto musulmano, che si sarebbero però dovute confrontare in taluni settori con degli elementi strutturali solidamente acquisiti alla disciplina. Per quanto attiene ai principi generali, se sotto il profilo sostanziale si potevano e si possono considerare acquisiti i principi già affermati dalle Corti, sempre sotto il profilo sostanziale l'affermazione di principi generali che fossero e siano tributari anche della tradizione giuridica dell'Islām, si deve confrontare con un altro elemento che alla luce

[700] *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne contre Royaume-Uni)*, pp. 685-686.
[701] M. FLORY, *La notion de territoire arabe*, *cit*., p. 91.

dei fatti appare strutturale: l'indeterminatezza sotto il profilo metodologico nella rilevazione dei principi.

3.21. *Problematiche di ordine dottrinale in merito alla rilevazione dei principi di diritto islamico in diritto internazionale*

Ci ricolleghiamo qui con la questione che avevamo lasciato in sospeso sul finire di paragrafo 3.17 ovvero all'ipotesi secondo cui, se anche i principi di diritto islamico venissero rilevati in diritto internazionale sulla base di un'"intuizione" o per lo meno senza una preventiva analisi di diritto comparato, i principi generali cadrebbero in una sorta di "limbo giuridico".

Già nella dottrina più risalente in merito ai principi generali ciò che si osserva è che «*C'est un véritable chaos d'opinions les plus divergentes qu'on trouve professées à ce sujet*»[702], tuttavia, volendo trovare un'estrema sintesi a prescindere dall'orientamento professato dai singoli autori, possiamo ricorrere a un'analisi svolta da Alfred Von Verdross il quale, nell'affrontare la questione delle fonti in diritto internazionale, ritiene che non si possa prescindere da un'analisi preliminare del problema delle fonti del diritto in generale[703]. Evidenziamo qui la locuzione "diritto in generale" e proseguiamo con la riflessione di Verdross che individua due concezioni radicalmente opposte sul contenuto del diritto, l'una che si basa sull'*idea del diritto*, l'altra sulla *volontà in quanto tale*, entrambe risalenti alla speculazione teologica medievale[704], beninteso di un medioevo europeo e cristiano. Se all'interno di tali concezioni del diritto si articolano diverse correnti dottrinali, esse sono tuttavia riconducibili alla matrice prima dell'una o dell'altra concezione tanto che infine per Verdross, è sempre «*pour ou contre Platon qu'il faut se décider*»[705]. Questo stesso dualismo che si ritrova in diritto internazionale[706], si riferisce alle scuole del diritto naturale e del diritto positivo, e testimonia di un'unità metodologica tra ciò che nelle parole di Verdross è il "diritto in generale" e il diritto internazionale, laddove il "diritto in generale" altro non è che la concezione del diritto così come si è sviluppata nella tradizione culturale europea.

---

[702] L. KOPELMANAS, *Quelques réflexions au sujet de l'article 38, 3° du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale*, RGDIP, 3e série, tome IX, tome XLIII, 1936, p. 286.
[703] A. VON VERDROSS, *Le principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale*, RCADI, Vol. 52, 1935, p. 195.
[704] *Ivi*.
[705] *Ivi*, pp. 196-197.
[706] *Ivi*, p. 198.

Troviamo qui una chiara eco del discorso che abbiamo sviluppato nella parte dedicata alla metodologia in diritto internazionale[707].

Venendo quindi ai principi generali, secondo Verdross l'articolo 38 dello Statuto della Corte che autorizza ad applicare i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili non fa che «*codifier un principe bien établi dans la pratique internationale*»[708], stanti però delle questioni di carattere dottrinale che ancora non parevano risolte e che Verdross illustra come segue: «*L'unique problème controversé a été de savoir d'où découlent ces principes généraux du droit, quelle est leur origine. S'agit-il des principes du droit naturel ou des principes reconnus par le droit positif ? Ces principes se trouvent-ils à la base du droit interne des nations civilisées ou peuvent-ils être déduits de la nature même de l'ordre juridique international?*»[709].

Manteniamo quindi la traccia delle domande poste dal giurista austriaco – che in sostanza sono i grandi assi lungo i quali si è esercitata la dottrina – per inserire la questione dalla quale eravamo partiti in merito ai principi di diritto islamico, alla luce dell'analisi sin qui svolta.

Al secondo quesito abbiamo dato una risposta individuando, nozione generalissima dei principi a parte, due diverse categorie di principi generali, l'una che definisce i principi propri del diritto internazionale, l'altra che ritrova i principi generali di diritto in diritto internazionale sulla base dei principi comuni agli ordinamenti interni degli Stati. Se abbiamo visto che taluni indirizzi dottrinali riconoscevano solo la prima categoria di principi[710], in dottrina si ritiene oggi che le previsioni dell'articolo 38.1. c) dello Statuto della Corte internazionale di giustizia «*apply to both national and international law*»[711], una posizione per altro già espressa dalla dottrina più risalente[712].

L'elaborazione dei principi generali da parte della Corte sulla base dei principi comuni agli ordinamenti degli Stati, abbiamo visto però non essersi data a partire da un'indagine di diritto comparato, fatta salva l'eccezione parziale del caso *Mandat d'arrêt* più sopra segnalato[713], ma attraverso l'intuizione o attraverso una tecnica di rilevazione assiomatica dei principi le quali rinviano all'*idea del diritto*, ovverosia al

[707] *Supra*, § 1.7, § 1.8.
[708] A. VON VERDROSS, *Le principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale*, *cit*., p. 220.
[709] *Ivi*, p. 228.
[710] *Supra*, § 3.10.
[711] A. BOYLE, C. CHINKIN, *The Making of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 286.
[712] F. CASTBERG, *La méthodologie du droit international public*, *cit*., p. 331.
[713] *Supra*, § 23.

diritto naturale. L'impiego di una simile tecnica nel periodo antecedente all'istituzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, in una comunità internazionale ancora culturalmente omogenea quanto alle sue componenti, ci ha indotto ad affermare la natura di diritto consuetudinario dei principi, in quanto, se a un simile metodo di rilevazione dei principi generali in diritto internazionale non può che associarsi la concezione del diritto naturale, di fatto i principi rilevati dalle corti internazionali erano principi di ordine positivo e di logica giuridica, che gli Stati riconoscevano nel proprio ordine interno e che, in linea di continuità con la giurisprudenza arbitrale precedente alla formalizzazione dei principi nello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale, non hanno mai contestato quando ve ne è stato fatto ricorso da parte delle giurisdizioni internazionali[714], dovendo perciò ritenersi che gli Stati considerassero quei principi delle regole di diritto valevoli anche sul piano del diritto internazionale la cui manifestazione prima si era data sul piano del diritto interno.

L'identità che rileva Verdross quanto all'analisi del problema delle fonti nel diritto in generale e in diritto internazionale, è un'identità di ordine epistemologico. La stessa identità la troviamo posta in un giurista contemporaneo di Verdross, Georges Scelle, di stretta osservanza monista. Scelle in un contributo dedicato alle fonti formali del diritto internazionale, muove da un'analisi delle fonti del diritto che individua nella consuetudine, nella legge e nella giurisprudenza[715] quali fonti formali, sostenendo poi che «*ces trois formes de droti positif se retrouvent dans toute societé politique quelle qu'elle soit, et notamment dans les sociétés internationales*»[716]. Vediamo tuttavia che un'affermazione che si vorrebbe universale in quanto si assume caratterizzi tutte le società politiche, viene in realtà relativizzata dal riferimento al sistema di diritto francese e al sistema anglosassone[717], ossia all'orizzonte delle società politiche che rientravano all'epoca, sia sotto un profilo sincronico che diacronico, nella riflessione internazionalistica; in altri termini all'orizzonte delle nazioni civili. Nella prospettiva di Scelle «*un adepte de la doctrine moniste ne peut voir dans les principes généraux de l'article 38 qu'un phénomène d'élaboration coutumière du droit des gens*»[718].

---

[714] L'unica eccezione rilevata è data dall'opposizione della Sublime Porta ai principi affermati dalla giurisprudenza precedente nel caso delle indennità russe, opposizione che tuttavia non viene presa in considerazione dalla Corte permanente di arbitrato, *Supra,* § 3.7.
[715] G. SCELLE, *Essai sur les sources formelles du droit international*, in: *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tome. III, Recueil Sirey, 1934, p. 400.
[716] *Ivi*, pp. 406-407.
[717] *Iv*i, p. 403, p. 405.
[718] *Ivi*, p. 424; G. SCELLE, *Précis de droit des gens*, Vol. II, Recueil Sirey, Paris, 1934, pp. 312-315.

La natura di diritto consuetudinario dei principi generali che abbiamo affermato per il periodo antecedente l'istituzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite non risiede nell'adesione a una visione monista del diritto internazionale, bensì nella constatazione di un'unità di carattere epistemologico tra diritto interno e diritto internazionale che abbiamo visto espressa tanto in Verdross che in Scelle in due contributi che risalgono agli anni trenta del secolo scorso, un'unità che viene meno nella realtà dei fatti nel momento in cui Stati tributari di tradizioni giuridiche diverse da quella occidentale entrano a far parte della famiglia delle Nazioni.

A seguito di tale dissolta unità, riteniamo che i principi generali debbano quindi considerarsi quale fonte autonoma, in quanto non è più possibile assumere che vi sia un'omogeneità tra i principi che reggono gli ordinamenti interni degli Stati che compongono la comunità internazionale, né tantomeno un comune fondamento epistemologico della scienza giuridica. O meglio: tale omogeneità, venuta meno in termini assoluti, andrebbe verificata esattamente nel processo con cui vengono elaborati i principi generali, un processo che non potrebbe più fondarsi sull'intuizione o su una tecnica di rilevazione assiomatica dei principi.

Posto che, come abbiamo visto, la metodologia in diritto internazionale rimane costruita sulla tradizione giuridica occidentale, nella nuova realtà delle relazioni tra Stati, una visione monista fondata sui presupposti su cui la fa riposare l'eminente giurista francese non è più sostenibile e non sarebbe perciò idonea a sostenere nel presente la natura di diritto consuetudinario dei principi generali. Per Scelle, ogni espressione del diritto positivo posava su un fondo comune ritenuto fonte prima di ogni esperienza giuridica, un fondo comune che egli chiama "*droit objectif*"[719]. Se tale assunzione poteva essere comprensibile per l'epoca in cui scriveva Scelle, meno plausibile essa appare essere a considerare talune posizioni di discepoli di Scelle[720] che nella continuità di pensiero col maestro, confermano oggi l'assunto insito nella sua dottrina: «*le Droit est un, à la fois comme technique et comme concept et (que) les différents ordres juridiques partiels étatiques ou internationaux forment, pris ensemble un seule ordre juridique universel*»[721]. Su una tale pretesa universalità basti qui una considerazione di carattere molto generale sulla tradizione islamica:

[719] G. SCELLE, *Essai sur les sources formelles du droit international*, pp. 400-401.
[720] O. DE FROUVILLE, *Le paradigme de la constitutionnalisation vu du droit International*, in: S. HENNETTE-VAUCHEZ, J-M. SOREL (a cura di), *Les droits de l'Homme ont-ils constitutionnalisé le monde?*, Bruylant, Bruxelles, 2011, pp. 193-215.
[721] *Ivi*, p. 194.

«Quest'organizzazione vivente che è la civiltà islamica ha saputo assimilare diverse forme di conoscenza di varia provenienza, dalla Cina ad Alessandria passando per Atene; ma tutto ciò che resta di questo processo d'assimilazione è pienamente integrato nell'Islam» e quindi legato «ai principi della rivelazione e allo spirito *Qur'ān*»[722]. Il discorso legato alla concezione monista del diritto internazionale sembra ignorare una simile evidenza, che si risolve in una palese contraddizione quando esso pretende di proiettare sul piano internazionale le categorie del costituzionalismo facendo leva tanto sugli aspetti più strettamente giuridici della storia costituzionale, che sul pensiero politico-filosofico europeo, richiamando a titolo di esempio dei frammenti di storia costituzionale di Francia e Stati Uniti[723], che non a caso sono due tra i Paesi che hanno dato i contributi più significativi all'evoluzione dell'esperienza costituzionale. Esperienza costituzionale intesa in tal caso sul solco del costituzionalismo[724] che, in quanto fenomeno proprio della storia europea e nordamericana, non esaurisce le possibilità di fenomeni costituzionali di altro tipo che possono essere dati e sono dati su scala mondiale[725]. Il rapporto dialogico che viene perciò posto tra diritto interno e diritto internazionale, un rapporto che qui non si vuole negare rispetto alla possibilità di una reciproca influenza tra i due sistemi, fa emergere la pretesa di veder operanti in diritto internazionale degli elementi di diritto interno che sono tipici, se non propri, di una sola parte, anche se significativa, degli Stati che compongono la comunità internazionale, consolidando un orientamento dottrinale secondo cui solo talune tradizioni giuridiche concorrerebbero a plasmare il diritto internazionale.

Il riferimento ai principi e ai valori dell'Islām, presente nelle costituzioni di Stati di tradizione islamica, dovrebbe per lo meno porre degli interrogativi su quale potrebbe essere lo spazio che la concezione del diritto e della teoria politica della tradizione dell'Islām, pur nelle sue variabili[726], potrebbe trovare in un paradigma della costituzionalizzazione dal punto di vista del diritto internazionale. È perciò chiaro che, senza un simile passaggio, un passaggio che comunque dovrebbe prendere in

---

[722] S. H. NASR, *L'Islam tradizionale nel mondo moderno*, CasadeiLibri, Padova, 2006, p. 125, titolo originale: *Traditional Islam in the Modern World,* Kegan Paul International LdT, 1987.
[723] O. DE FROUVILLE, *Le paradigme de la constitutionnalisation vu du droit International*, *cit*..
[724] A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 61-68, pp. 89-90.
[725] R. GROTE, T. J. RÖDER (Edt by), *Constitutionalism in Islamic countries. Between Upheaval and Continuity*, Oxford University Press, New York, 2012; N. J. BROWN, *Constitutions in a Nonconstitutional World*, State University of New York Press, Albany, NY, 2002.
[726] M. ABED AL-JABRI, *La ragione araba*, Feltrinelli, Milano, 1996, pp. 33-38, titolo originale: *Introduction à la critique de la raison arabe*, La Dècouverte, Paris, 1994.

considerazione tutte le tradizioni giuridiche, una concezione monista del diritto internazionale si basa su una visione solo parziale degli Stati che compongono la comunità internazionale e delle diverse espressioni del loro diritto interno, che finisce in definitiva per negare la stessa concezione monista, nella misura in cui essa si fondi su una pretesa universalità del fenomeno giuridico tanto nel presente, quanto nel passato.

Ci poniamo quindi – e non potrebbe essere diversamente – nel quadro della concezione dualista del diritto internazionale e riteniamo i principi generali ai sensi dell'articolo 38.1 c) una fonte autonoma, il cui contenuto da un punto di vista sostanziale debba essere ritrovato nei principi comuni di diritto interno riconducibili ai diversi sistemi giuridici, sempre nella misura in cui tali principi possano essere trasposti nel sistema di diritto internazionale.

Richiamiamo con una breve citazione una delle questioni più essenziali che distingue la concezione del diritto così come è maturata in Europa, da quella che invece ha caratterizzato il diritto islamico: «quella 'laicizzazione metafisica', che in Occidente affonda le sue radici nella Scolastica latina, non si è verifica nell'Islam»[727]. Troviamo qui, in estrema sintesi, parte dell'analisi già svolta che si sostanzia nella constatazione dell'assenza nella tradizione giuridica dell'Islām delle due polarità dottrinali della scuola del diritto naturale e del diritto positivo.

Quando, ritornando dunque a Badar[728], la dottrina internazionalistica che ragiona sui principi generali di diritto in una prospettiva inclusiva rispetto ai principi di diritto islamico, ritiene che i principi generali di diritto possano essere elaborati dal giudice internazionale a prescindere da un'analisi di diritto comparato, e quindi facendo affidamento su una pressoché onnisciente cultura giuridica del giudice internazionale, si pone un problema in merito alla natura dei principi, problema che non è certo nuovo, ma che il tal caso rivela delle problematiche che non potevano darsi quando la rilevazione dei principi era di fatto circoscritta, vogliasi per la composizione stessa della comunità internazionale o in ragione di una prassi a lungo consolidata, ai soli sistemi giuridici della tradizione occidentale.

La rottura di carattere epistemologico che si è data nella continuità tra diritto internazionale e diritto interno nel momento in cui Stati i cui ordinamenti si informano a tradizioni giuridiche diverse rispetto a quelle che hanno improntato la cultura giuridica

[727] H. CORBIN, *Storia della filosofia islamica*, *cit*., p. 30.
[728] M.E. BADAR, *Islamic Law (Shari'a) and the Jurisdiction of the International Criminal Court*, *cit*..

occidentale, sono entrati a far parte della comunità internazionale, porta a non poter più attribuire natura di diritto consuetudinario ai principi generali, venuto oltretutto meno quel comune sostrato, che potremmo anche chiamare architettura giuridica, che induceva gli Stati a non contestare l'elaborazione dei principi da parte del giudice internazionale, nella misura in cui si trattava dell'affermazione sul piano del diritto internazionale di principi parte di un patrimonio giuridico comune.

D'altro canto, una tecnica di rilevazione assiomatica o intuitiva dei principi generali, nell'attuale realtà della comunità internazionale, porterebbe i principi generali nell'alveo della concezione del diritto naturale. Una concezione non estranea alla dottrina internazionalistica, che la eredita dalla speculazione giuridico-filosofica della tradizione occidentale, ma che è sconosciuta alla teoria giuridica islamica. Come si potrebbe dunque sostenere il contributo del diritto islamico – per altro nella sua configurazione classica – alla costruzione dei principi generali di diritto in diritto internazionale per il tramite di una tecnica che di fatto rinvia alla concezione del diritto naturale? Ci si troverebbe innanzi a una palese incoerenza. L'unica soluzione risiede perciò nell'attenersi al dato giuridico positivo rilevabile nei diversi ordinamenti attraverso un'indagine di diritto comparato, una strada che l'autore che abbiamo considerato ha indicato, salvo deviare verso una zona dottrinalmente incerta che abbiamo definito "limbo giuridico".

Anche a voler trascurare tale problematica e volendo ammettere l'onniscienza giuridica del giudice internazionale, sarà sempre a questi che spetterà la valutazione della coerenza sistemica di un principio comune a più sistemi giuridici di diritto interno col sistema di diritto internazionale. È evidente che nel caso di "rilevazione intuiva" il giudice ritenga che il principio rilevato possegga tale requisito. Più complessa la questione appare se i principi generali sono rilevati a partire da un'indagine di diritto comparato. Individuare dei principi che siano davvero comuni ai diversi sistemi giuridici potrebbe rivelarsi un'operazione non semplice, tale da indurre ad escludere dall'analisi gli ordinamenti di quegli Stati il cui diritto non è entrato tradizionalmente nella rilevazione "intuitiva" dei principi. La prassi più recente già mette in rilievo casi di questo tipo[729]. Una questione correlata è quella che, stante l'individuazione di un fondo comune tra i diversi sistemi giuridici, il minimo comun denominatore che si individuerebbe nel principio utile nel caso di specie, essendo per l'appunto comune, non

[729] Infra, § 4.9.

potrebbe di per sé costituire un contributo autonomo del diritto di matrice islamica ai principi generali, diritto di matrice islamica che tuttavia, in un simile procedere, non sarebbe per lo meno escluso dall'elaborazione dei principi generali. L'eventuale autonomo contributo del diritto di matrice islamica ai principi generali di diritto, potrebbe perciò darsi per il solo tramite di una rilevazione intuitiva da parte del giudice di un certo principio, un principio che egli potrebbe reputare compatibile con il sistema di diritto internazionale. Ci ritroveremmo tuttavia ancora, in una simile evenienza, al disconoscimento del dato giuridico formale dell'articolo 38.1. c) dello Statuto della Corte internazionale di giustizia e a una contraddizione di ordine dottrinale come già abbiamo messo in evidenza. Dato però che un principio così elaborato non potrebbe formalmente essere definito di diritto islamico, se da un lato la contraddizione dottrinale non potrebbe essere manifesta, dall'altro, non attingendo più a un fondo comune agli ordinamenti degli Stati, il giudice, pur nel margine di apprezzamento che gli si può attribuire, assumerebbe il ruolo di legislatore.

3.22. *Segue: La complessità dei sistemi misti*

Vi è un ulteriore aspetto che giova mettere in luce. Già abbiamo considerato che nel processo di elaborazione dei principi generali in diritto internazionale, ciò che rileva è il diritto effettivamente vigente negli ordinamenti interni e non quindi, dovendo considerare anche il sistema di diritto islamico, i principi che caratterizzavano tale sistema nella sua tradizione classica. Gli ordinamenti degli Stati che oggi sotto un profilo formale possono considerarsi tributari della tradizione giuridica dell'Islām, sono in genere dei sistemi misti, ovvero dei sistemi in cui coesistono, con gradazioni variabili, sia il diritto di matrice europea che il diritto islamico[730]. Il peso di tali componenti non solo varia da Stato a Stato, ma ha conosciuto delle variazioni nel

[730] B. BOUTROS-GHALI, *Message du Secrétaire général de l'Organisation internationale de la Francophonie*, in: *Les principes généraux du droit. Droit français. Droit des Pays arabes. Droit musulman. Colloque de Beyrouth octobre 2001*,Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 24; «*Sur le plan académique, il est à observer que pratiquement toute les thèses de doctorat présentées dans les facultés de droit égyptiennes (tant étatiques que celles de l'Azhar) comportent un volet comparatiste. Leurs auteurs y opposent le droit positif au droit musulman en insistant sur la supériorité de ce dernier sur le premier. Un étudiant posa la question à la Commission saoudienne de fatwa (décision religieuse) pour savoir si la comparaison entre le droit musulman et le droit positif rebaisserait le droit musulman. La Commission répondit qu'il n'y a rien de mal dans une telle comparaison si son but est de démontrer le caractère complet de la loi islamique et sa suprématie sur les lois positives*», S. A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, *Conflits entre droit religieux et droit étatique chez les musulmans dans les Pays musulmans et en Europe*, in: *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 49, n. 4, Oct-déc. 1997, pp. 820-821.

tempo, nonostante sino alla prima metà del XX secolo la percezione dell'Occidente rispetto a tale fenomeno (che non è stata priva di conseguenze anche in diritto internazionale) interpretasse i diversi gradi di realizzazione del diritto islamico «come possibili fasi diacroniche di un'evoluzione storica il cui fine ultimo era l'accettazione sostanziale della cultura e del diritto occidentale»[731].

Le difficoltà inerenti alla coesistenza all'interno del medesimo ordinamento, tanto del diritto islamico tanto del diritto europeo, sono rilevate sin dai tempi della redazione del primo Codice civile ottomano, la *Majalla,* un codice, come già richiamato, col quale all'epoca si intese sistematizzare il corpo del diritto islamico di rito hanafita e il cui primo articolo, comma primo, definisce la scienza del diritto musulmano come la conoscenza dei precetti della Legge Sacra in rapporto alla loro applicazione alle azioni umane.

L'Impero ottomano aveva tuttavia già adottato dei codici d'ispirazione francese[732] e conseguentemente istituito dei tribunali che fossero competenti per giudicare in tali settori del diritto (*Nizamié*). I problemi relativi all'attribuzione di competenza tra i tribunali shariatici e i tribunali incaricati di applicare le nuove leggi, sono discussi nel Rapporto della Commissione incaricata di redigere il nuovo Codice, che illustra come si fosse cercato di affrontare la questione attribuendo la presidenza dei tribunali di nuova istituzione a dei giudici eruditi nell'interpretazione della legge sacra e ugualmente competenti nel diritto di più recente emanazione. La soluzione non si riteneva tuttavia soddisfacente, e la redazione del nuovo Codice era quindi anche mossa dalla necessità di offrire uno strumento di più immediata conoscenza del diritto musulmano, normalmente racchiuso in una miriade di trattati e raccolte stratificati nei secoli, il cui studio poteva essere prerogativa solo di pochi specialisti. La Commissione ritiene perciò, riferendosi al nuovo codice, che «*Un ouvrage semblable est évidemment d'une utilité immense, non seulement pour les Juges du Chéri mais encore pour les Tribunaux Nizamié et les fonctionnaires de l'administration qui pourraient, en les consultant, se mettre au fait des principes du Chéri, et en faire, en toute circonstance, la règle de leur*

[731] M. G. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei,* Laterza, Roma-Bari, 2000, p. 361. Sulle diverse fasi di evoluzione degli ordinamenti di Stati di tradizione islamica nella tensione tra diritto europeo e diritto islamico, *Ivi*, pp. 356-372.

[732] Y. FALELAVAKI, *L'adoption du droit français et son adaptation à la Charia à travers les codes ottomans de la période des Tanzîmât*, Mémoire 2010-2011, Faculté de Droit et de Science Politique, Université de Rennes I, pp. 8-9.

conduite»[733]. Le regole del diritto sacro erano perciò chiamate ad orientare l'azione anche dei tribunali "secolari", quelli cioè in cui si applicavano delle norme di derivazione europea. Come abbiamo già richiamato, la parte iniziale del Codice civile è dedicata ai Principi fondamentali del Diritto Sacro[734] il cui studio preliminare, ai sensi dell'articolo 1 comma 8, «*contribue à faciliter la compréhension des questions spéciales et à les fixer dans l'esprit*»[735].

Venendo quindi al presente, consideriamo un Paese, il Libano, il cui territorio fu già sotto dominazione ottomana. Qui la *Majalla* fu in vigore fino al 1932, allorquando durante il mandato francese fu sostituita dal Codice libanese delle obbligazioni e dei contratti, un codice non più basato sui precetti del diritto sacro, ma ispirato al diritto della potenza mandataria[736]. Permangono tuttavia delle disposizioni della *Majalla* che non sono state abrogate con l'entrata in vigore del nuovo codice, in quanto non ritenute inconciliabili col suo tenore complessivo. Ne consegue che i principi generali dell'uno e dell'altro sistema giuridico «*sont fréquemment employés par les avocats pour défendre leurs point de vue. Et, il est évident qu'un point de vue sera davantage défendable lorsque l'avocat peut invoque à son appui des principes généraux concordants admis, en même temps par le droit français et par le droit musulman. Dans ce cas, l'avocat pourra facilement plaider l'universalité de la règle*»[737].

Se in linea meramente teorica volessimo ridurre i sistemi giuridici del mondo alle sole tradizioni occidentale e islamica, la sintesi che compie l'avvocato libanese è la sintesi che sarebbe richiesta al giudice internazionale nell'elaborazione dei principi generali. L'avvocato libanese, che assumiamo a figura simbolica, conosce però il grado di islamicità dell'ordinamento dello Stato in cui opera, così come lo conosce il giudice cui egli si rivolge. Tale grado di islamicità del diritto interno varia da Stato a Stato, sulla base innanzitutto delle previsioni costituzionali e poi all'interno delle grandi aree disciplinari del diritto di famiglia, del diritto dei contratti e delle obbligazioni e del diritto penale. Se è vero che il diritto di famiglia rileva poco ai fini del diritto internazionale pubblico, si tratta però, come abbiamo già evidenziato, di uno dei settori

---

[733] G. YOUNG, *Corps du droit Ottoman*, *Vol VI, Titre CXIII, Code civil Ottoman,* Texte CXIII[1], Rapport de la Rédaction du Code civil, Clarendon Press, Oxford, 1906, pp. 169-172.
[734] *Ivi*, Section II, p. 178 ss.
[735] *Ivi*, Section I, p. 177.
[736] Y. S. TAKLA, *Corpus juris du mandat français*, in: N. MÉOUCHY, P. SLUGLETT (Edt. by), *The British and French Mandates in Comparative Perspectives*, Brill, Leiden, 2004, pp. 98-99.
[737] M. LYAN, *Allocution*, in: *Les principes généraux du droit. Droit français. Droit des Pays arabes. Droit musulman*, *cit*., p. 21.

che ancora risulta maggiormente improntato alle previsioni del diritto musulmano classico e che contribuisce quindi a definire giuridicamente il coefficiente di islamicità di uno Stato[738]. Se l'avvocato libanese conosce tale coefficiente in rapporto al suo ordinamento e di qui quindi è in grado di richiamare dei principi generali in accordo con la natura composita del suo ambiente giuridico, il giudice internazionale dovrebbe essere in grado di stabile un simile coefficiente per ogni Stato di tradizione islamica al fine dell'elaborazione dei principi generali di diritto in diritto internazionale, che tengano in considerazione anche il sistema di diritto musulmano. La qualcosa appare assai improbabile se non impossibile.

Qui tuttavia ci siamo spostati in un terreno che appare incerto rispetto alla stessa nozione di principi generali in diritto interno, che pur non essendo l'oggetto diretto del presente studio, è ad esso collegato.

In diritto internazionale l'innesto nel discorso sui principi generali del sistema di diritto islamico, rimasto prevalentemente estraneo, come abbiamo visto, all'attenzione della dottrina, determina delle difficoltà rispetto a una consolidata costruzione teorica che per quanto esprima al suo interno posizioni divergenti, è attestata sulla struttura del pensiero giuridico basata sulle categorie della tradizione occidentale.

L'operazione che compie l'avvocato libanese può essere assistita, per quanto attiene ai principi di diritto islamico, dal catalogo di principi sanciti nella *Majalla*, quelle *qawā'id* che abbiamo visto trovare riconoscimento per un nucleo minimo da parte di tutti i riti di diritto islamico. Si tratta in questo caso di un catalogo di principi ricavati attraverso un procedimento induttivo dall'intero corpo del *fiqh*, che hanno trovato consacrazione in uno strumento di ordine positivo. Se la rilevazione dei principi generali di diritto islamico, potrebbe per questo tramite risultare più agevole, va ricordato che si tratta di principi relativi al rito hanafita, che possono non trovare

[738] A titolo esemplificativo, è possibile scorrere le dichiarazioni e riserve poste alla Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne entrata in vigore il 3 settembre 1981 (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women,* UN Treaty Series, Vol. 1249, 1990, N. 20378, p. 14 ss.). Senza poter qui entrare nel dettaglio, rileviamo solo quali Stati, attraverso l'apposizione di riserve, non si sentano vincolati a talune disposizioni della Convenzione che siano reputate in contrasto con i precetti del diritto islamico vigente nei loro ordinamenti, e ciò attraverso un riferimento esplicito a tale diritto: per Bahrain, Iraq, Kuwait, Libia, Malesia, Maldive, Mauritania, Marocco, Oman e Siria il riferimento è alla sharia islamica; per il Bangladesh al Sacro Corano e alla Sunna; per l'Arabia Saudita alla legge islamica; per gli Emirati arabi uniti ai precetti della sharia e ai principi della sharia. In altri casi, senza che vi sia espresso riferimento al diritto islamico, le riserve vertono sull'incompatibilità delle disposizioni della Convenzione con il Codice di famiglia, che però di fatto risulta improntato sul diritto islamico. È il caso ad esempio dell'Algeria (UN, CEDAW/SP/2006/2, 10 april 2006).

corrispondenza nel diritto di tutti gli Stati i cui territori tradizionalmente sono stati soggetti all'influenza di altre scuole[739]. In ogni caso tali principi, per essere ammessi, devono oggi trovare un bilanciamento con i principi che derivano dal diritto europeo che spesso informa la struttura degli ordinamenti di quegli Stati di tradizione islamica che tale influenza hanno conosciuto. Compiuto questo lavoro di sintesi ci troveremmo comunque nel quadro di ciò che il diritto interno, nella sua accezione occidentale, chiama principi generali, che non trova, come abbiamo visto, una corrispondenza rispetto alla diversa portata che in diritto internazionale ha la nozione di principi generali riconosciuti dalle nazioni civili, rispetto ai quali può però darsi un'analogia in merito alla funzione dei principi, ovverosia quella di evitare la pronuncia di un *non liquet* da parte del giudice.

Parlando di principi generali in diritto interno abbiamo dovuto specificare che muovevamo dalla concezione occidentale di tali principi, la cui natura secondo la dottrina, riposa o sulla concezione del diritto naturale o sulla concezione del diritto positivo[740]. Tale opposizione dottrinale nel diritto interno degli Stati di tradizione islamica, osservando il fenomeno dall'esterno, potrebbe eventualmente rinvenirsi nella componente del diritto di derivazione europea, ma per quanto attiene al diritto musulmano essa non può darsi. Gli stessi principi generali sanciti nella *Majalla,* se sono affermati in uno strumento di diritto positivo, sono comunque dei principi di diritto sacro (*Principes fondamentaux du Droit Sacré*) e non è trascurabile il fatto che la promulgazione della *Majalla* ottomana, come abbia visto, fu considerata il primo grande momento di rottura epistemologica nella teoria giuridica islamica, non solo perché il diritto musulmano veniva per la prima volta codificato, ma perché veniva promulgato da un'autorità secolare. La stessa nozione di principi generali di diritto interno, per quanto attiene agli ordinamenti di Stati di tradizione islamica, sfugge quindi alle categorie dottrinali elaborate dalla tradizione occidentale, proprio in ragione dell'operatività in tali ordinamenti anche di principi sanciti dal diritto islamico. Salvo un rinvio formale ai principi di diritto islamico – da intendersi qui in senso lato – così come

[739] Il riferimento alle scuole giuridiche risulta esplicito in alcuni strumenti di diritto positivo attualmente vigenti. A titolo di esempio gli articoli 9 e 26 del Codice sullo Statuto personale del Regno Hashemita di Giordania rinviano alla dottrina hanafita, mentre il Codice di famiglia del Regno del Marocco richiama nel preambolo il rito malikita, alle cui prescrizioni, ai sensi dell'articolo 400, è necessario far riferimento per quanto non espressamente previsto dal Codice.
[740] *Supra*, § 3.5.

previsto in taluni codici civili attualmente vigenti[741], individuare il grado di effettività delle norme del diritto musulmano classico in rapporto all'effettività delle norme di derivazione europea, richiederebbe, oltre chiaramente a una preliminare analisi del dato giuridico formale, la disponibilità di studi sulla giurisprudenza interna, al fine di verificare quale sia il bilanciamento che il giudice opera tra principi di diversa origine che agiscono nello stesso ordinamento. La complessità di una simile operazione, che in ultima analisi sarebbe quella richiesta al giudice internazionale nell'elaborazione dei principi generali, ci induce ad ipotizzare, fatte salve le questioni teoriche più sopra sollevate, che la dottrina internazionalistica che sostiene fattivamente la necessità di un contributo anche del diritto islamico nella costruzione dei principi generali di diritto in diritto internazionale, tenda perciò a guardare al corpo del diritto musulmano classico, un diritto che, pur nella sua articolazione in diverse scuole giuridiche, posa, a partire dalle sue fonti primarie, su di una elaborazione dottrinale consolidata nei secoli. Non altrettanto si potrebbe in effetti dire del diritto degli Stati di tradizione islamica che più tardi sono entrati a far parte della famiglia delle Nazioni. Vediamo dunque di seguito, in due casi tratti dalla prassi, come il giudice internazionale ha ritenuto di procedere nell'individuazione di un principio giuridico attinente all'ordinamento di uno Stato di tradizione islamica.

3.23. *Il caso Texaco e il caso Liamco: la rilevazione dei principi generali in un sistema misto, tra diritto positivo e* sharī'a

Ritorniamo ora sul caso Texaco di cui abbiamo già precedentemente considerato taluni aspetti[742]. Il caso è rilevante per le modalità che sono state seguite per rilevare dei principi di diritto di un sistema misto, quello per l'appunto dell'ordinamento libico.

Richiamando l'essenziale, dopo aver stabilito che i contratti di concessione alla base della controversia erano di pertinenza del diritto internazionale e che quest'ultimo dava alle parti la libertà di scegliere la legge volta a regolare i loro rapporti contrattuali, il Tribunale arbitrale ha esaminato quale sistema regolatorio il Governo libico avesse scelto per i contratti stipulati con alcune società petrolifere straniere, individuandolo nella Legge sul petrolio n. 25 del 1955 e successive modifiche. Questa stabiliva un sistema a doppio livello, definito nell'arbitrato come sistema dei "principi comuni" in

[741] *Supra,* § 1.19.
[742] *Supra*, § 2.22.

base al quale si sarebbero dovuti analizzare dapprima i principi di diritto libico, per poi procedere alla verifica del carattere comune, se dato, di tali principi con i principi di diritto internazionale. In assenza dell'individuazione di tale carattere comune si sarebbero dovuti applicare i principi generali di diritto[743].

Dovendo stabilire se il Governo libico era tenuto a dare piena attuazione ai contratti di concessione ai cui obblighi era venuto meno attraverso le misure di nazionalizzazione adottate nel 1973 e 1974, il Tribunale ha quindi esaminato se il principio della *restituito in integrum* fosse un principio tanto del diritto libico che di diritto internazionale. La conclusione sarà affermativa, ragion per cui l'analisi si è fermata al primo dei due livelli sopra delineati[744]. Ciò che a noi interessa sono le modalità attraverso le quali sono stati individuati i principi dell'ordinamento libico, ovvero prendendo in considerazione sia la sacra Legge dell'Islām, la *sharī'a*, che quello che viene definito "diritto scritto", vale a dire il Codice civile libico e il Codice civile egiziano[745], dato che il primo è costruito sul modello di quest'ultimo[746]. Posto che anche il diritto shariatico è un diritto scritto, non è in nessun modo chiarito il motivo per il quale l'indagine venga condotta anche sui principi del diritto musulmano classico. I termini "diritto scritto" sono nel contesto con ogni probabilità da intendersi come "diritto positivo". Il quadro costituzionale libico che abbiamo documentato[747], pone e poneva la *sharī'a* in una posizione apicale, e lo stesso Codice di Al-Sanhūrī recepisce degli elementi del diritto musulmano classico, assumendo però, a dover seguire la dialettica *fiqh-siyāsa*, che le previsioni non fondate sul diritto islamico non siano in contrasto con l'ordine shariatico. Potrebbe perciò darsi che un principio presente nel Codice civile non trovi corrispondenza in un principio simile di ordine shariatico. Seguendo il metodo di fatto adottato dal Tribunale arbitrale, si potrebbe addivenire alla conclusione che un determinato principio non è contemplato in un ordinamento che si richiami alla tradizione islamica, perché esso non trova uguale corrispondenza nella *sharī'a*.

Attenendoci all'esposizione della sentenza, il dato di ordine costituzionale parrebbe il solo idoneo a giustificare un'indagine sul diritto musulmano classico in sé; ma perché ricorrere al livello costituzionale in presenza di un Codice civile? Abbiamo già rilevato

[743] J-F. LALIVE, *Un grand arbitrage pétrolier entre un Gouvernement et deux sociétés privées étrangères*, *cit*., pp. 335-337.
[744] *Ivi*, pp. 381-387.
[745] *Ivi*, p. 381.
[746] *Supra*, nota 262.
[747] *Supra*, § 1.19.

come la "costituzionalizzazione dell'Islām" riveli un punto di fuga nella gerarchia delle fonti. È però per lo meno insolito che questo punto di fuga sia stato "rilevato" da un giudice internazionale, senza tentare di darne nessuna spiegazione o senza procedere prima a un'indagine di quello che è stato il processo di evoluzione del diritto nei Paesi di tradizione islamica. Non possiamo sapere se qualora il principio in questione non fosse stato individuato nel corpo del diritto musulmano classico, ma solo nel "diritto scritto", la conclusione sarebbe comunque stata che «*en droit libyen, l'exécution en nature est la sanction première et normale de la violation d'une obligation contrattuelle*»[748]. Una risposta può forse essere trovata in un caso per molti aspetti simile, il caso Liamco[749] del 1977, deciso dall'arbitro unico Sobhi Mahmassani, in cui ugualmente doveva essere verificata la corrispondenza tra principi presenti nel diritto libico e principi di diritto internazionale. Qui viene preso in considerazione prima il Codice libico, nello specifico l'articolo 206, come nel caso Texaco, aggiungendo però «(*V. the same Article in other Arab Civil Codes and esp. in Article 249 of the Lebanese Code of Obligations and Contracts*)», a segnalare una specificità dei Codici civili arabi o un blocco comune di appartenenza, e in second'ordine si afferma che «*A similar proposition exists in Islamic Jurisprudence, which constitutes part of Libyan law*». Il principio in discussione è il medesimo del caso Texaco. Possiamo dapprima rilevare che nell'indagine sui principi shariatici vengono richiamate due massime di diritto islamico, due *al-Qawā'id al-fiqhīyah*, riportate anche in Arabo, citando in un caso l'articolo della Majalla Ottomana con la corrispondente previsione, mentre nel caso Teaxaco il principio di diritto islamico era individuato a partire da un testo di dottrina; in secondo luogo, nel caso Liamco l'ordine di esposizione delle "fonti" del diritto libico è invertito: prima viene citato il Codice civile e poi il diritto sacro, che si dice essere anch'esso parte dell'ordinamento libico[750]. Se anche in tal caso non è chiarito quale sia il ruolo o il rango della "*Islamic Jurisprudence*" nel sistema delle fonti dell'ordinamento libico, l'ordine di esposizione potrebbe far ritenere che il richiamo a dei principi del *fiqh* sia utile per confermare o rafforzare un principio sancito in uno strumento di ordine positivo, che nel caso in questione potrebbe comunque anche essere di derivazione shariatica. Una siffatta ipotesi salvaguarderebbe un principio affermato nel Codice

[748] *Ivi*, p. 381.
[749] *Arbitral Tribunal: Award in dispute between Libyan American Oil Company (LIAMCO) and the Government of the Libyan Arab Republic relating to Petroleum Concessions (April 12, 1977)*, in: *International Legal Materials*, Vol. 20, n. 1, January 1981, pp. 1-87.
[750] *Ivi*, pp. 123-124.

civile e quindi nel diritto positivo libico, anche qualora questo non trovasse conferma in un precetto del *fiqh*.

Per concludere, se nei due casi citati le soluzioni adottate per rilevare dei principi di diritto interno di uno Stato il cui ordinamento è tributario della tradizione giuridica islamica, non appaiono del tutto convincenti sotto un profilo tecnico formale, esse sembrano da un lato attestare e dall'altro tentare di risolvere la tensione diritto positivo-diritto sacro che si è determinata a partire dalla positivizzazione del *fiqh*, una tensione che, richiamando ancora Abdou Filali-Ansary, coinvolge in definitva lo statuto stesso del diritto[751]. Il profilo di complessità dei sistemi misti parrebbe perciò risolversi, nel processo di rilevazione dei principi generali di diritto in diritto internazionale che consideri anche gli ordinamenti degli Stati tributari della tradizione giuridica dell'Islām, in soluzioni che di volta in volta potranno apparire parziali o "creative". E ciò in ragione dell'innesto in tale processo di un sistema giuridico costruito su dei canoni estranei o comunque diversi, da quelli del diritto di matrice europea che tanta influenza ha avuto nella costruzione del diritto internazionale.

[751] A. FILALI-ANSARY, *L'Islam est-il hostile à la laïcité ?,* cit., pp. 34-38.

CAPITOLO QUARTO

LA FORMALIZZAZIONE DEI PRINCIPI GENERALI DI DIRITTO IN DIRITTO INTERNAZIONALE

Sezione Prima

PRIMI PROFILI DI FORMALIZZAZIONE DEI PRINCIPI GENERALI

SOMMARIO: 4.1. Il Trattato Jay. – 4.2. La Convenzione relativa alla costituzione di una Corte internazionale delle Prede.

4.1. *Il Trattato Jay*

In merito alla formalizzazione dei principi generali dev'essere innanzi tutto menzionato il trattato Jay, ufficialmente denominato "*Treaty of Amity, Commerce and Navigation, between His Britannic Majesty and The United States of America*" firmato il 19 novembre 1794. Il Trattato, conosciuto anche col nome di Trattato di Londra e che deve il suo nome al rappresentante statunitense John Jay, entrò in vigore nel 1796[752] e prevedeva agli articoli 5, 6 e 7 la formazione di Commissioni arbitrali al fine della composizione di controversie legate ad alcune tipologie di previsioni del trattato. Tali Commissioni avrebbero dovuto giudicare secondo equità e giustizia (articoli 6 e 7) e in base al diritto internazionale (articolo 7). L'articolo 6, prevedeva inoltre che la documentazione costituente elemento di prova potesse essere autenticata "*according to the legal Forms now respectively existing in the two Countries*". Le disposizioni del Trattato non prevedevano quindi il ricorso ai principi generali, anche se possiamo rinvenire un esplicito riferimento ai principi di diritto interno per quanto attiene alla modalità di autenticazione degli elementi di prova. È dato tuttavia riscontrare che in casi

[752] W. M. MALLOY, (compiled by), *Treaties, conventions, international acts, protocols, and agreements between the United States of America and other powers, 1776-1909*, Vol. I, Washington Government printing office, 1910, pp. 590-607.

sottoposti al giudizio della Commissione di cui all'articolo 7, questa abbia argomentato anche sulla base dei principi generali evidenziandosi come «*une des premières instances internationales des temps modernes n'a pas hésité à invoquer un principe général du droit, même non encore confirmé par une coutume internationale*»[753].

4.2. *La Convenzione relativa alla costituzione di una Corte internazionale delle Prede*

Un riferimento ai principi generali si rinviene invece nella Convenzione relativa alla costituzione di una Corte internazionale delle Prede, adottata il 18 ottobre 1907[754] e mai entrata in vigore. L'articolo 7 della Convenzione prevedeva al primo comma che la Corte avrebbe dovuto giudicare sulla base delle convenzioni in vigore tra le parti in causa e al secondo comma che in difetto di queste, la Corte avrebbe dovuto applicare le regole di diritto internazionale. In mancanza di regole generalmente riconosciute la Corte sarebbe dovuta ricorrere ai "*principes généraux de la justice et de l'équité*".

L'indeterminatezza in merito a tali principi generali indusse la Gran Bretagna a convocare nel 1908 una conferenza (Conferenza Navale di Londra, 4 dicembre 1908) il cui scopo doveva essere quello di «*déterminer les principes généralement reconnus du droit international dans le sens de l'article 7 de la Convention signée à la Haye le 18 octobre 1907, pour l'établissement d'une Cour international des prises*»[755]. La Dichiarazione di Londra del 26 febbraio 1909[756] che ne scaturì, non entrò mai in vigore, in particolare per l'opposizione della Gran Bretagna[757].

Riguardo allo scopo per il quale la conferenza era stata convocata, nella Dichiarazione si considerava che i principi generali di diritto internazionale, nella loro applicazione pratica, erano spesso oggetto di "*méthodes divergents*" e che a tal proposito l'auspicio era dunque quello di assicurare da allora in poi una maggiore

---

[753] A. VON VERDROSS, *La principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale*, RCADI, Vol. 52, 1935, pp. 208-210. Il riferimento è al caso del vascello statunitense Neptune, nel quale si discusse sul principio di necessità, cfr.: A. DE LAPRADELLE, N. POLITIS, *Recueil des Arbritages Internationaux*, Tome I, 1798-1855, Pedone, Paris, 1905, pp. 137- 178.

[754] Ministère des Affaires Étrangères, Documents diplomatiques, *Deuxième conférence internationale de la paix*, *1907*, Imprimerie nationale, Paris, 1908, pp. 248 ss.

[755] N. RONZITTI (ed.), *The Law of Naval Warfare*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1998, p. 224; A. PEARCE HIGGINGS, *The Hague Peace Conferences: and Other International Conferences Concerning the Laws and Usages of War*, Cosimo, New York, 2010, p. 538.

[756] *The London Naval Conference*, AJIL, Vol. 3, n. 3, Supplement: Official Documents (Jul., 1909), pp. 179-220.

[757] N. RONZITTI, *Le droit humanitaire applicable aux conflits armés en mer*, RCADI, Vol. 242, 1993, p. 27.

uniformità[758]. Nella Disposizione preliminare alla Dichiarazione, le Potenze firmatarie si dichiaravano d'accordo nel constatare che le regole contenute nei capitoli che seguivano, corrispondevano nella sostanza ai principi generalmente riconosciuti di diritto internazionale[759]. Le regole così definite erano stabilite però in uno strumento di ordine pattizio e il dichiararne la corrispondenza ai principi generalmente riconosciuti di diritto internazionale, non solo non avrebbe risolto la questione dei principi generali di giustizia ed equità, ma creato piuttosto un'ambivalenza rispetto al diritto consuetudinario, un'ambivalenza che, come abbiamo visto, fu risolta dalla Corte permanente di giustizia internazionale nella sentenza *Lotus*[760].

La Convenzione sulle Prede fu sovente richiamata nel corso della discussione del Comitato di giuristi incaricato di redigere lo Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale[761], sia per quanto aveva attinenza ai meccanismi predisposti dalla Convenzione per la costituzione della Corte internazionale delle Prede, sia in merito al richiamo ai principi generali[762]. Ed è esattamente su quest'ultimo punto che Root affermava che gli Stati non avrebbero accettato una Corte che avesse avuto il diritto di decidere le controversie sulla base di regole elaborate dalla stessa Corte e interpretando dei principi più o meno vaghi. Così facendo, secondo Root, ci si sarebbe trovati innanzi alle medesime difficoltà che avevano impedito l'adozione della Convenzione sulla Corte internazionale delle Prede, in quanto alcuni Paesi non avevano voluto sottoporre i loro diritti a una Corte senza sapere come questa avrebbe applicato "*les principes du droit, de la justice et de l'équité*". La Conferenza Navale di Londra convocata proprio per definire tali principi non aveva portato a una Dichiarazione che chiariva in modo sufficiente taluni punti ed ecco quindi che gli Stati non la ratificarono[763].

Sul modo in cui la questione dei principi generali fu affrontata in seno al Comitato, ci siamo già a lungo soffermati e passiamo dunque ad illustrare quali siano gli strumenti internazionali di portata universale che prevedono il ricorso ai principi generali, a

[758] *The London Naval Conference*, AJIL, *cit*., p. 187.
[759] *Ivi*, p. 190.
[760] *Supra*, §3.1.
[761] C.P.J.I., *Comité consultatif de Juristes, Procès-verbaux des Séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920 avec Annexes, La Haye*, 1920.
[762] C.P.J.I., *Comité consultatif de Juristes, Procès-verbaux des Séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920 avec Annexes, La Haye*, 1920, pp. 105, 120, 198, 205, 247, 286, 287, 309, 312, 313, 316, 321, 323, 729.
[763] ROOT, C.P.J.I., *Comité consultatif de Juristes, Procès-verbaux des Séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920 avec Annexes, La Haye*, 1920, 13ième séance, 1 juillet, p. 286.

partire dall'articolo 38.1. 3) dello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale.

Sezione Seconda

GLI STRUMENTI DI PORTATA UNIVERSALE

SOMMARIO: 4.3. L'articolo 38: Corte permanente di giustizia internazionale e Corte internazionale di giustizia. – 4.4. I principi generali nella giustizia internazionale penale: lo statuto della Corte penale internazionale. – 4.5. Principi di diritto internazionale penale e principi di diritto islamico. 4.6. Il caso Saif Al-Islam Gaddafi e il principio di complementarietà sancito nello Statuto di Roma. – 4.7. Considerazioni preliminari sull'ISIL, lo Stato islamico dell'Iraq e del Levante. – 4.8. *Segue*:I principi generali di diritto e il principio di complementarietà nello Statuto di Roma. – 4.9. Il Tribunale penale internazionale per la ex Yugoslavia: il caso Celebici.

4.3. *L'articolo 38: Corte permanente di giustizia internazionale e Corte internazionale di giustizia*

La previsione dell'articolo 38.1. 3) dello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale, secondo cui la Corte applica i "i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili", abbiamo visto essere stata ripresa dall'analoga previsione dell'articolo 38.1. c) dello Statuto della Corte internazionale di giustizia. A parte la differenza nel criterio di elencazione dei vari punti, costituito da cifre nel primo caso, da lettere nel secondo, la sola novità di rilievo si rinviene nel primo comma, secondo cui "La Corte, la cui funzione è di decidere in base al diritto internazionale le controversie che le sono sottoposte, applica: …". Tale integrazione, che lascia intatto il catalogo delle fonti cui la Corte può far ricorso, nel definire la funzione della Corte di "decidere in base al diritto internazionale" apre implicitamente al ricorso ai principi generali che abbiamo identificato nel secondo significato, principi che sono parte integrante del sistema di diritto internazionale e che trovano così indirettamente un'affermazione di ordine positivo.

4.4. *I principi generali nella giustizia internazionale penale: lo statuto della Corte penale internazionale*

Dobbiamo considerare sul piano universale anche le previsioni in merito ai principi generali contenute nello Statuto di Roma della Corte penale internazionale adottato il 17 luglio 1998 ed entrato in vigore il primo luglio 2002[764]. La Corte penale internazionale è un organo indipendente che non fa parte del sistema delle Nazioni Unite; essa può conoscere dei crimini commessi nel territorio di uno Stato parte o da un cittadino di uno Stato parte (articolo 12), la qualcosa tende a circoscriverne la giurisdizione e a ridurne la portata universale. Va tuttavia osservato che i limiti alla giurisdizione della Corte possono essere superati se, ai sensi dell'articolo 13.1. b) è il Consiglio di Sicurezza a sollecitarne l'intervento, segnalando al Procuratore una situazione nella quale siano stati commessi uno o più dei crimini contemplati nello Statuto[765]. L'articolo 125.3 inoltre,

---

[764] *Rome Statute of the International Criminal Court,* UN Treaty Series, Vol. 2187, 2004, N. 38544.

[765] È quanto accaduto nel caso della Risoluzione 1970 del 26 Febbraio 2011 con la quale il Consiglio di Sicurezza, agendo sulla base del Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite decideva di deferire *"the situation in the Libyan Arab Jamahiriya since February 2011 to the Prosecutor of the International Criminal Court*": S/RES/1970 (2011) articolo 4. Un caso analogo è quello della Risoluzione adottata dal Consiglio di Sicurezza il 31 marzo 2005, agendo sulla base del Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, con la quale si decideva di deferire al Procuratore della Corte penale internazionale la situazione del Darfour a partire dal 1 luglio 2002: S/RES/1593 (2005), articolo 1.
Sulla competenza universale della Corte penale internazionale va segnalato un certo disagio espresso dall'Unione Africana, soprattutto a partire dall'atto di accusa rivolto dalla Prima camera preliminare nei confronti dell'allora presidente del Sudan Omar Hassan Ahmad Al Bashir (ICC-02/05-01/09, 4 marzo 2009). Su tale atto di accusa la Conferenza dell'Unione Africana esprimeva profonda preoccupazione e, tra l'altro, decideva che gli Stati membri dell'Unione non avrebbero cooperato conformemente alle disposizioni dell'articolo 98 dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale, relative alle immunità nell'arresto e nel trasferimento alla Corte del Presidente Omar El Bashir (*Décision sur le rapport de la Commission sur la reunion des États africains parties au Statut de Rome de la Cour penale internationale (CPI)*, Assembly/AU/Dec. 245 (XIII) Rev., adottata dalla 13ª sessione ordinaria della Conferenza a Syrte, il 3 luglio 2009, articoli 1 e 10). Nel gennaio 2012 con la *Décision sur le rapport interimaire de la Commission sur la mise en œuvre des décisions de la Conférence sur la Cour pénale internationale (CPI)*, (Assembly/AU/Dec. 397, XVIII), la Conferenza dell'Unione chiedeva al Gruppo degli Stati africani parte dello Statuto di Roma, così come agli Stati africani membri del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite di «*suivre de près la mise en œuvre des décisions de la Conférence sur la CPI, en collaboration avec la Commission, afin de s'assurer que les propositions et les préoccupations de l'Afrique sont dûment prises en considération par le Conseil de sécurité et la Conférence des États Parties au Statut de Rome*» (articolo5). Nella stessa decisione, all'articolo 10, si chiedeva alla Commissione di sollecitare un parere consultivo alla Corte internazionale di giustizia, sulla questione dell'immunità dei rappresentanti degli Stati secondo il diritto internazionale. Ancora, nella *Décision sur les relations entre l'Afrique et la Cour pénale internationale (CPI)*, (Ext/Assembly/AU/Dec.1, Oct. 2013) la Conferenza dell'Unione africana esprimeva la preoccupazione dell'Unione in merito a «*la politisation et l'utilisation abusive des inculpations des dirigeants africains par la CPI* » (articolo 5) e decideva di «*accélérer le processus d'élargissement du mandat de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples au jugement des crimes internationaux, tels que le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre* » (articolo 10.IV). In sostanza pare essersi delineata una "questione africana" in merito alla giurisdizione della Corte penale internazionale che potrebbe portare a un'estensione delle competenze della Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli anche in materia penale, andando così a costituirsi una giurisdizione penale internazionale su base continentale africana. *Infra*, § 4.14

prevedendo che lo Statuto sia aperto all'adesione di tutti gli Stati, definisce una situazione che in potenza può contemplare l'intera comunità internazionale. Di fatto, ad oggi lo Statuto di Roma conta l'adesione di 122 Stati[766], contro i 193 che sono membri delle Nazioni Unite[767].

Un elemento di interesse dello Statuto di Roma è che le lingue ufficiali della Corte sono l'Inglese, l'Arabo, il Cinese, lo Spagnolo, il Francese e il Russo, mentre lingue di lavoro sono Inglese e Francese, potendo però in taluni casi essere impiegate come lingue di lavoro altre lingue ufficiali (articoli 50.1 e 50.2). Come già ricordato le lingue ufficiali della Corte internazionale di giustizia ai sensi dell'articolo 39.1 dello Statuto di tale Corte sono i soli Inglese e Francese, anche se può essere autorizzato l'impiego di una diversa lingua se richiesto da una delle parti (articolo 39.3). Questa differenza in merito alle lingue ufficiali, può essere considerata come un indizio di un mutato "clima" internazionale rispetto al tempo in cui fu adottato lo Statuto della Corte internazionale di giustizia.

Venendo quindi ai principi generali, l'articolo 21dello Statuto di Roma dispone quale sia il diritto applicabile dalla Corte. Riportiamo nella sua interezza il primo comma:

1. La Corte applica:

a) in primo luogo, il presente Statuto ed il Regolamento di procedura e di prova;

b) in secondo luogo, se occorra, i trattati applicabili e i principi e le norme di diritto internazionale, compresi i principi generalmente riconosciuti del diritto internazionale dei conflitti armati;

c) in mancanza, i principi generali di diritto elaborati dalla Corte in base alla normativa interna dei sistemi giuridici del mondo, compresa, se del caso, la normativa interna degli Stati che avrebbero avuto giurisdizione sul crimine, purché tali principi non siano in contrasto con il presente Statuto, con il diritto internazionale e con le norme ed i criteri internazionalmente riconosciuti[768].

---

[766] http://www.icc-cpi.int/fr_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx. Ultima consultazione 15.09.2014.

[767] http://www.un.org/fr/members/ .Ultima consultazione 15.09.2014

[768] La traduzione del testo in Italiano di questo articolo e degli altri di seguito citati è tratta da: R. LUZZATTO, F. POCAR, *Codice di diritto internazionale pubblico*, G. Giappicchelli Editore, Torino, 2013, p. 497 ss.. Segnaliamo ugualmente le versioni ufficiali in Francese e in Inglese del punto a) e di parte del punto c) dell'articolo 21: a) *En premier lieu, le présent Statut, les éléments des crimes et le Règlement de procédure et de preuve/ In the first place, this Statute, Elements of Crimes and its Rules of Procedure and Evidence*; c) *À défaut, les principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde […] si ces principes ne sont pas incompatibles avec le présent Statut ni avec le droit international et les règles et normes internationales reconnues /*

In merito ai principi di cui al punto c) da un punto di vista testuale il riferimento ai "sistemi giuridici del mondo" è un palese superamento del retaggio ottocentesco contenuto nella formula "nazioni civili" di cui all'articolo 38.1 c) dello Statuto della Corte internazionale di giustizia. Nel caso dello Statuto che si sta analizzando tuttavia è la Corte che elabora i principi generali, tanto che nell'opinione di Alain Pellet i principi non godrebbero dello status di fonte di diritto, bensì la previsione dell'articolo 21.1 c) non farebbe che riconoscere il ruolo eminente svolto dalle corti internazionali nella formulazione dei principi generali di diritto[769]. Pellet richiama in questo modo le conclusioni cui già era pervenuto nel 1974 in merito ai principi generali, quando affermava che il giurista più che provare la generalità di una norma la indovina; che era questione di sensibilità e di intuizione e che, cionondimeno, nell'ordine internazionale i principi generali costituivano un fondamentale elemento di evoluzione e di progresso che non poteva avere luogo che per il tramite «*d'un juge, d'un arbitre, d'un homme d'Etat*…»[770], affermando in tal modo la rilevanza della formazione giuridica del giudice rispetto all'elaborazione dei principi generali.

4.5. *Principi di diritto internazionale penale e principi di diritto islamico*

Nelle previsioni dello Statuto di Roma i principi elaborati dalla Corte sulla base della normativa interna dei sistemi giuridici del mondo, dovrebbero in ogni caso non contrastare con lo Statuto, né con il diritto internazionale e con le norme ed i criteri internazionalmente riconosciuti. Di qui si porrebbe il problema di se e come dei principi desunti dal sistema di diritto islamico non possano essere in contrasto con dei principi – qui anche in senso lato – già consolidati in diritto internazionale o non potrebbero viceversa porsi come un elemento di novità, dato anche il limite posto dal terzo comma dell'articolo 21 secondo cui "L'applicazione e l'interpretazione del diritto ai sensi del presente articolo devono essere compatibili con i diritti dell'uomo internazionalmente riconosciuti e devono essere effettuate senza discriminazione alcuna […]". Ritorneremo oltre su questo polo problematico. Qui dobbiamo rilevare il fatto che come per quanto

---

Failing that, general principles of law derived by the Court from national laws of legal systems of the world […]provided that those principles are not inconsistent with this Statute and with international law and internationally recognized norms and standards.

[769] A. PELLET, *Applicable law*, in: A. CASSESE, P. GAETA e J.R.W.D. JONES, *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, Vol. II, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 1066.

[770] A. PELLET, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international*, Thèse, Université de droit , d'économie et de sciences sociales de Paris, 9 Février 1974, pp. 434-435.

accadeva (e accade) in merito alla previsione dell'articolo 38.1 c) dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, anche per quanto attiene al diritto penale si segnala, come in parte già abbiamo verificato, che «*there exist only a few comparative studies on the procedural and substantive provisions of Islamic and (international) criminal law. Those which concern questions of international criminal law have mostly failed to convincingly link or comparatively analyze what might be deemed an "Islamic international criminal law", since the mostly use selective aspects to legitimize already existing Western principles of international law from an Islamic law perspective*»[771]. Secondo questa analisi dunque, i principi di diritto islamico parrebbero poter concorrere alla formazione dei principi generali in diritto internazionale solo nella misura in cui vi fosse coincidenza tra questi e i principi desunti dai sistemi giuridici di matrice occidentale. In sostanza ci si atterrebbe ai principi e alla logica giuridica su cui è stato informato il sistema di diritto internazionale, con l'elemento di novità della formalizzazione della compatibilità dei principi generali con la dottrina dei diritti umani.

Consideriamo dunque come vengono rilevate alcune concordanze tra diritto internazionale penale e diritto islamico non tanto o non ancora in merito ai principi generali di cui all'articolo 21.1 c), ma in merito a taluni principi cardine del diritto penale la cui ascendenza nel diritto romano è resa evidente dalla formulazione in latino di tali principi. Si tratta dei principi sanciti negli articoli 20, 22 e 23 dello Statuto della Corte penale internazionale rispettivamente intitolati *Ne bis in idem*, *Nullum crimen sine lege* e *Nulla poena sine lege*. Troviamo la medesima formulazione in Latino di tali principi nelle versioni ufficiali in Inglese, Francese e Spagnolo dello Statuto, con la sola eccezione della versione in Spagnolo dell'articolo 20 in cui il principio è denominato "*Cosa juzgada*". È di interesse notare come dei principi, presenti già negli ordinamenti nazionali e che hanno avuto formale consacrazione in diritto internazionale, trovino un'identica formulazione nelle lingue europee, a segnalarne ancora una volta la medesima comune ascendenza, mentre nella versione ufficiale in lingua araba dello Statuto la denominazione degli articoli succitati può essere tradotta come segue: articolo 20: "Non è permesso il giudizio sullo stesso crimine due volte"; articolo 22: "Non vi è crimine se non vi è testo"; articolo 23: "Non vi è pena senza testo", dove il testo è evidentemente da intendersi come testo di legge.

[771] M. P. BEHAM, *Islamic Law and International Criminal Law*, in: M-L FRICK, A. T. MÜLLER (Ed. by) *Islam and International Law*, Martinus Nijhoff Publ., Leiden, 2013, p. 358.

Sul principio *nullum crimen sine lege*, Farhad Malekian trova una concordanza nel sistema di diritto islamico in quanto «*when there is no regulation implying the criminality and the law is silent about certain acts, the Court and the Islamic principles do not permit violation of the principle of nullum crimen sine lege*»[772]. La Corte è soggetta al suo Statuto, che sancisce il principio *nullum crimen sine lege*, mentre nel caso del diritto islamico l'affermazione di tale principio pare darsi per il tramite di altri principi. E in effetti le argomentazioni complessivamente addotte da questo autore per sostenere l'esistenza di tale principio nel sistema di diritto islamico, sono per lo più ricavate dal principio del giusto processo e dal nucleo costitutivo dell'*habeas corpus*, così come enunciati nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo nell'Islām, adottata al Cairo il 5 agosto 1990 dall'allora Organizzazione per la Conferenza Islamica, oggi Organizzazione di Cooperazione islamica[773]. Viene citato l'articolo 19 e) ("*A defendant is innocent until his guilt is proven in a fair trial in which he shall be given all the guarantees of defence*") ed è riportato, senza citare l'articolo, parte del testo dell'articolo 20 ("*It is not permitted without legitimate reason to arrest an individual, or restrict his freedom, to exile or to punish him*") omettendo tuttavia di citare il punto d) dell'articolo 19 secondo cui "*There shall be no crime or punishment except as provided for in the Shari'ah*", dove la *Sharī'a* naturalmente costituisce il testo normativo di riferimento per stabile crimini e relative pene. La Dichiarazione del Cairo inoltre, non è un testo giuridicamente vincolante in quanto ai sensi della stessa risoluzione con la quale è stata adottata, la sua funzione è una funzione di indirizzo, per gli Stati membri dell'Organizzazione, nel campo dei diritti umani[774].

Un discorso affine viene fatto per il principio *nulla poena sine lege*[775], mentre in merito al principio *ne bis in idem*, si afferma che poiché il principale scopo della giustizia penale nella legge islamica e della Corte penale internazionale è quello di prevenire le ingiustizie, sarebbe contrario allo scopo di giustizia punire una persona due volte per la stessa condotta criminosa. Con ciò «*the ICC regulations concerning the*

[772] F.MALEKIAN, *Principles of Islamic International Criminal Law: A Comparative Search*, Brill, Leiden, 2011, p. 348.
[773] OIC/CFM-38/2011/ORG/RES, Resolution n. 4/38-ORG on changing the name of the Organization of the Islamic conference, 38ª Sessione, Astana, 28-30 giugno 2011. Sull'Organizzazione della Conferenza Islamica: T. BOUACHBA, *L'Organisation de la Conférence Islamique*, *cit*., pp. 265-291.
[774] OCI, The nineteenth Islamic Conference of Foreign Ministers, 31luglio-5 agosto 1990, Resolution No. 49/19-P *On the Cairo Declaration on human rights in Islam*. Il testo della Dichiarazione del Cairo sui diritti umani nell'Islam, è contenuta nell'annesso I della Risoluzione 49/19-P.
[775] F.MALEKIAN, *Principles of Islamic International Criminal Law*, *cit.*, p. 349.

principle of ne bis in idem *are not contrary to general inspiration of Islamic justice which prevents the unnecessary punishment of a person*»[776]. Anche se in quest'ultimo caso il ragionamento viene svolto a contrario, ovvero, è il principio affermato nello Statuto della Corte a non essere in contrasto con la generale aspirazione della giustizia islamica, è evidente che il confronto viene operato tra dei principi sanciti nello Statuto della Corte – che nelle lingue europee hanno una formulazione chiara e risalente nel tempo – e un sistema giuridico che pare non conoscere quegli stessi principi *in sé*, operandosi così il tentativo di evidenziare degli elementi di concordanza o comunque di assenza di conflitto, tra i principi di diritto penale internazionale e i principi di diritto islamico in materia penale.

Complessivamente, forse per l'esplicito riferimento dell'articolo 21.1. c) ai sistemi giuridici del mondo, forse in ragione di una maggiore consapevolezza dell'esistenza di un sistema di diritto islamico nel momento in cui è stato adottato lo Statuto di Roma, si segnala una maggiore attenzione della dottrina nei confronti dei principi di diritto islamico, in rapporto a quanto accadeva nel periodo successivo all'adozione dello Statuto della Corte internazionale di giustizia[777]. Ciò nonostante sarà al vaglio delle pronunce della Corte penale internazionale che andrà valutato se la Corte elaborerà ed applicherà dei principi generali che siano desunti anche dal sistema di diritto islamico. Su questo punto gravano tuttavia due considerazioni in parte già segnalate: la prima è quella della tendenza ad individuare nel sistema di diritto islamico quelle che possono essere le affinità o le concordanze con il diritto di matrice occidentale identificando così, di volta in volta, una sorta di minimo comun denominatore la cui guida rimane

---

[776] *Ivi*, p. 351. Sulla concezione della giustizia nel diritto islamico: «*la vertu cardinale, théologale pourrait-on dire, de l'islam: la justice (adala) qui fonde les principes du droit musulman et qui découle de l'origine du droit musulman (le Coran révélé et la Sunna, l'exemple du Prophète) mais aussi de la réflexion procédant à son expansion (la diversité méthodologique) et à son application (l'ambiguïté comme adaptation)*», cfr.: J-P. CHARNAY, *Esprit du droit musulman*, Dalloz, 2008, Paris, p. 1. Si vedano anche pp. 3-8 e 126-129.

[777] M.C. BASSIOUNI, *The Islamic Criminal Justice System*, Oceana Publications, Dobbs-Ferry, New York, 1982; M. P. BEHAM, *Islamic Law and International Criminal Law*, *cit*, pp. 349-366; M. CERNUSCA, *Islamic Criminal Procedure and the Principle of Complementarity of International Criminal Court*, in: M-L FRICK, A. T. MÜLLER (Ed. by) *Islam and International Law*, *cit*., pp. 366-389; O. N. I. EBBE, *The Islamic Criminal Justice System*, in: O. N. I. EBBE (Ed. by), *Comparative and International Criminal Justice Systems: Policing, Judiciary, and Corrections*, CRC Press, Boca Raton, 2013, pp. 217-228; M. J. KELLY, Islam & International Law: A Brief (In) Compatibility Study, Pace Int'l L. Rev. Online Companion, Vol. 1, N. 8, March 2010, pp. 1-31; F.MALEKIAN, *Principles of Islamic International Criminal Law*, *cit.*; I.A.K. NYAZEE, *General principles of Criminal Law: Islamic and Western*, 28, Advanced Legal Studies Institute, Islamabad, 2000; R. PETERS, *Crime and Punishment in Islamic Law: Theory and Practise from the Sixteenth to the Twenty-first Century*, Cambridge University Press, New York, 2005; N. A. SHAH, *Islamic Law and the Law of Armed Conflict: The Conflict in Pakistan*, Routledge, New York, 2011.

ancorata nei sistemi giuridici che, come abbiamo visto, hanno in via prevalente concorso alla definizione della struttura del sistema di diritto internazionale. La seconda si rinviene invece nei limiti posti dallo stesso articolo 21.1.c) rispetto all'elaborazione dei principi generali da parte della Corte. Questo punto si salda con uno degli aspetti essenziali che riguardano il funzionamento della Corte, ovvero quello del principio di complementarietà rispetto alle giurisdizioni nazionali previsto dal paragrafo 10 del Preambolo e dagli articoli 1 e 17 dello Statuto, il quale si esplica anche rispetto agli Stati che non sono parte di esso[778]. Pur non investendo direttamente la questione dei principi generali, il principio di complementarietà segna la fondamentale ripartizione di competenze tra giustizia interna e giustizia internazionale che va letto anche in rapporto alla clausola di salvaguardia espressa nell'articolo 80 secondo cui "Nessuna disposizione della presente Parte incide sull'applicazione da parte degli Stati delle pene previste dalle loro leggi nazionali, né sull'applicazione delle leggi degli Stati che non prevedono le pene previste in questa Parte". La questione teorica che si pone è se la Corte potrebbe avocare a sé la giurisdizione qualora uno Stato pur potendo e volendo perseguire, applicando il proprio diritto interno non rispettasse le norme sui diritti umani internazionalmente riconosciute e ciò a maggior ragione quando si trattasse di uno Stato che non è parte dello Statuto di Roma. A tal proposito è di interesse il caso relativo a Saif Al-Islam Gaddafi[779] che nel divenire delle turbolenze sul piano politico ed istituzionale che hanno interessato e continuano ad interessare lo Stato Libico[780] offre diversi elementi di contatto in merito alla questione che si è posta.

[778] ICC-01/11-01/11 *Le Procureur c. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, Prosecution response to Application on behalf of the Government of Libya pursuant to Article 19 of the ICC Statute,*05/06/12, ICC-01/11-01/11-167-Red, par. 13.

[779] ICC-01/11-01/11, *Le Procureur c. Saif Al-Islam Gaddafi*; *Mandat d'arrêt à l'encontre de Saif Al-Islam Qadhafi*, 27/06/2011, ICC-01/11-01/11-3 (la diversa translitterazione del nome è presente nella documentazione ufficiale della Corte penale internazionale. È tuttavia da ritenersi corretta la seconda versione). Si veda:
http://www.icc-cpi.int/fr_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/icc0111/related%20cases/icc01110111/court%20records/chambers/pretrial%20chamber%20i/Pages/3.aspx).

[780] NU, S/RES/2174 (2014), 27 agosto 2014; *Supra*, nota 257.

4.6. *Il* caso *Saif Al-Islam Gaddafi e il principio di complementarietà sancito nello Statuto di Roma*

Dobbiamo preliminarmente considerare un dato: la Libia, a partire dagli anni settanta del secolo scorso si è dotata di un apparato di testi normativi ispirati al diritto musulmano classico. Per citare solo un paio di esempi in ambito penale, possono essere ricordate la legge dell'11 ottobre 1972 sull'applicazione di pene *hadd*[781] in caso di furto e brigantaggio – legge che prevede l'amputazione della mano del ladro – , e la legge del 20 ottobre 1973 che istituiva la pena di flagellazione in caso di adulterio[782]. Dopo la destituzione, seguita poi dalla morte avvenuta il 22 ottobre 2011 del Colonnello Muʿammar al-Qadhāfi, il Consiglio nazionale libico di transizione ha reintrodotto il c.d. Codice Rocco, il Codice penale italiano nella versione però di epoca fascista allorquando la Libia era soggetta a dominio coloniale da parte dell'Italia[783]. In effetti la promulgazione delle nuove leggi in materia penale basate sul diritto musulmano classico, si era di fatto sovrapposta al Codice penale promulgato nel 1953 e mai abrogato, che benché improntato al Codice penale italiano, aveva visto delle influenze di diritto francese[784]. Questo quadro descriveva un tipico esempio di acculturazione giuridica in cui norme di derivazione occidentale coesistevano con norme fondate sulla tradizione giuridica islamica[785].

Ciò che a noi interessa è se il diritto musulmano sia in qualche misura rientrato nelle considerazioni della Corte in merito al caso relativo a Saif Al-Islam Qadhafi.

---

[781] Le pene *hadd* (pl. *hudud*) sono delle pene che hanno base coranica. I crimini per i quali si applicano delle pene *hadd* sono l'apostasia, l'adulterio, la calunnia, il furto, il banditismo, le ribellioni, l'ubriachezza. Riportiamo alcuni versetti del Corano che contengono delle previsioni in campo penale: "In verità la ricompensa di coloro che combattono Iddio e il Suo Messaggero e si danno a corrompere la terra è che essi saranno massacrati, o crocefissi, o amputati delle mani e dei piedi dai lati opposti, o banditi dalla terra […] - eccetto quelli che si pentiranno prima che voi vi impadroniate di loro. Ma sappiate che Dio è misericordioso e indulgente", Corano, V, 33-34; "Quanto al ladro e alla ladra, tagliate loro le mani in premio di quel che han guadagnato, come castigo esemplare da parte di Dio, che Dio è potente e saggio. - E chi, dopo l'ingiustizia che ha commesso, vi rinuncia e fa del bene, anche Dio rinuncerà alla Sua ira su di lui, perché Dio è clemente e pietoso", Corano, V, 38-39. L'elemento di "indulgenza" che segue la prescrizione della pena rientrerà, nella concezione islamica della giustizia in un certo canone di ambiguità come adattamento, nella prescrizione della pena, *Supra,* nota 776. Sulle pene nel diritto islamico si veda: N. HOSNI, *Le droit pénal islamique*, in: *Revue internationale de droit pénal*, 56e année, 3e et 4e trim. 1985, pp. 413-417.

[782] A. BORHAM, *Le droit pénal musulman ressuscité*, Annuaire de l'Afrique du Nord, Vol. 13, 1975, p. 227.

[783] C. TARFUSSER, Seminario di Diritto internazionale: *Global Responsibility for Violations of Human Rights*, Università degli Studi di Padova, 10 ottobre 2012.

[784] A. BORHAM, *Le droit pénal musulman ressuscité*, *cit*., p. 228, nota 12.

[785] A. BORHAM, *L'acculturation juridique dans le nord de l'Afrique,* in: *Indépendance et interdépendances au Maghreb*, C.N.R.S., Paris, 1974, pp. 159-200; TÂRIQ AL-BISHRÎ, *Shari'a, invasione coloniale e modernizzazione del diritto nella società islamica*, in: P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto*, Feltrinelli, Milano, 2003, pp. 667-679.

Richiamando sinteticamente gli sviluppi del caso, a seguito del mandato d'arresto nei confronti di Saif Al-Islam Qadhafi, la Libia ha sollevato un'eccezione di ricevibilità innanzi alla Prima Camera preliminare[786], sulla quale la Camera si è pronunciata il 31 maggio 2013[787] dichiarando il caso ammissibile innanzi alla Corte, con le motivazioni che «*the Chamber has not been provided with enough evidence with a sufficient degree of specificity and probative value to demonstrate that the Libyan and the ICC investigations cover the same conduct and that Libya is able genuinely to carry out an investigation against Mr Gaddafi*»[788].

La Libia ha proposto ricorso contro la decisione della Prima Camera preliminare[789], decisione che è però stata confermata dalla Corte d'appello con una pronuncia resa il 21 maggio 2014[790]. Va ricordato che il caso in esame non è stato scevro da valutazioni di ordine politico, in ragione della delicata situazione in cui verte il Paese, che investe anche lo stato del diritto interno[791].

Nel corso dell'iter processuale la Libia ha prodotto innanzi alla Corte una serie di documenti volti a dimostrare quali fossero le norme vigenti sul piano interno, anche in considerazione della fase di transizione politico-istituzionale che il Paese stava e sta ancor più drammaticamente attraversando. Tra questi documenti figura il testo costituzionale adottato dopo la caduta del Colonnello Muammar Qadhafi il cui articolo 1 recita: "*Libya is an indipendent Democratic State wherein the people are the source of powers. The city of Tripoli shall be the capital of the State. Islam is the Religion of the State and the principal source of legislation is Islamic Jurisprudence (Shari'a)*"[792]. Se la *Sharī'a* è dichiarata la principale fonte della legislazione, non è però una fonte esclusiva. Il 29 maggio 2012 il governo libico presentava alla Corte un estratto di

---

[786] *Application on behalf of the Government of Libya pursuant to Article 19 of the ICC Statute*,01/05/2012, ICC-01/11-01/11-130-Red, with Annexes A-K.
[787] *Public redacted-Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi*, ICC-01/11-01/11-344-Red, 31/05/2013, ICC-01/11-01/11-344-Red.
[788] *Ivi*, par. 219.
[789] *The Government of Libya's Appeal against Pre-Trial Chamber I's 'Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi*, 07/06/2013, ICC-01/11-01/11-350 (OA 4).
[790] *Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled "Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi"*, 21/05/2014, ICC-01/11-01/11-547-Red.
[791] C. TARFUSSER, Seminario di Diritto internazionale: *Global Responsibility for Violations of Human Rights*, Università degli Studi di Padova, 10 ottobre 2012.
[792] The Interim Transitional National Council, *The Constitutional Declaration*, Benghazi on the 3rd of Ramadan, 1432 AH corresponding to 03/08/2011 AD, in: *Application on behalf of the Government of Libya pursuant to Article 19 of the ICC Statute*, 01/05/2012, ICC-01/11-01/11-130, Anx. G.

articoli dal Codice penale del 1953, tra cui gli articoli 296 e 369 che prevedono la pena di morte[793] e un estratto di articoli dal Codice di procedura penale del 1953[794].

Nelle Considerazioni sul giusto processo dell'Ufficio del Procuratore[795], richiamate nella decisione della Prima camera preliminare[796], si afferma che il Richiedente, ossia il Governo libico, poneva l'attenzione sulla possibilità o meno di volere e di essere in grado di condurre "*in a reconstructed judicial system, fair proceedings that are consistent with international standards*"[797]. Qui dobbiamo osservare che il sistema giudiziario "ricostruito" non era tale solo in ragione della necessaria riorganizzazione richiesta dalle modalità con cui il Paese era pervenuto a una nuova forma di governo, ma anche in ragione del fatto che, al di là delle previsioni del testo costituzionale, le norme di diritto penale islamico paiono essere state abbandonate. Abbandonate e non abrogate perché, da quanto è noto, non vi è evidenza di abrogazione. L'Ufficio del Procuratore osservava che lo Statuto di Roma riconosce espressamente e rispetta la molteplicità dei sistemi giuridici e che la Corte non potrebbe rigettare una richiesta di inammissibilità "*solely on the ground that attributes of the State's domestic procedures are not fully consistent with those of other legal systems including the Rome Statute*"[798]. Non solo. Si ricordava che durante i negoziati che hanno condotto all'adozione dello Statuto di Roma, generale preoccupazione degli Stati era che "*a determination of admissibility of a case by the Court not become a judgment on the fairness and efficiency of the National system. The view expressed repeatedly was that the ICC should not function as a court of appeal on national decisions based on alleged*

[793] *Libyan Government's filing of compilation of Libyan law referred to in its admissibility challenge*, 28/05/2012, ICC-01/11-01/11-158-AnxA. Dobbiamo ricordare che la pena di morte era prevista anche dalla Grande Carta verde dei diritti dell'uomo dell'era della Jamahiriya all'articolo 8: "*Les membres de la société jamahiriyenne sacralisent la vie de l'être humain et la protègent. L'objectif de la société jamahiriyenne est d'abolir la peine capitale. A cette fin, la peine de mort ne peut être exercée qu'a l'encontre de l'individu dont l'existence constitue un danger ou est délétère à la société. Le condamné à mort peut requérir un allègement de sa condamnation ou en contrepartie de sa vie, offrir un tribut personnel. Le tribunal peut commuer la peine si cette décision ne porte pas préjudice à la société ou si elle n'est pas contraire aux valeurs humaines. Les membres de la société jamahiriyenne condamnent l'application de l'exécution de la peine capitale par des méthodes répugnantes, telles la chaise électrique, l'emploi de gaz toxiques ou les injections*", *La Grande Charte verte des droits de l'homme de l'ère jamahiriyenne*, Blida, 28 giugno 1998, Centre International d'Etudes et de Recherches du Livre Vert, Tripoli.

[794] *Libyan Government's filing of compilation of Libyan law referred to in its admissibility challenge*, 28/05/2012, ICC-01/11-01/11-158-AnxB.

[795] *Prosecution response to Application on behalf of the Government of Libya pursuant to Article 19 of the ICC Statute*, 05/06/2012, ICC-01/11-01/11-167-Red, par. 27-32, 42-45.

[796] *Public redacted-Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi*, ICC-01/11-01/11-344-Red, 31/05/2013, ICC-01/11-01/11-344-Red., par. 140-141.

[797] *Prosecution response,* par. 27.

[798] *Ivi*, par. 28.

domestic deviations from applicable human rights norms", concludendo che se i redattori dello Statuto avessero voluto richiedere agli Stati di garantire all'accusato un giusto processo, l'avrebbero fatto in modo esplicito includendo uno specifico paragrafo[799].

Ciò nonostante, anche se non richiesto dall'articolo 17 dello Statuto, il Richiedente "*sets out the scope of procedural rights and protections which are at the core of the Libyan legislation and criminal justice system. These procedural rights and protections appear to be similar to those rights and protections set forth in the Rome Statute*"[800]. Inoltre "*The Applicant's rules of criminal procedural and the specific due process guarantees that are applicable throughout the various stages of a domestic criminal case appear to provide most of the procedural rights afforded to an accused person under the Rome Statute*"[801].

La questione centrale messa in evidenza dall'Ufficio del Procuratore è che ai sensi dello Statuto di Roma non è richiesto che il diritto interno degli Stati corrisponda appieno al diritto presente in altri sistemi giuridici, ivi incluse le norme previste nello Statuto. Per contro è lo stesso Ufficio del Procuratore a rimarcare l'affinità esistente tra le norme presenti nel sistema giuridico libico e le norme dello Statuto. Sistema giuridico libico che, sulla base della documentazione presentata, è improntato in materia penale prevalentemente sul diritto italiano e in parte sul diritto francese. Il diritto islamico non viene dunque in rilievo. Poste le preoccupazioni degli Stati in fase di redazione dello Statuto di Roma più sopra menzionate, dobbiamo osservare che l'Ufficio del procuratore si è espresso in merito ad "*attributes of the State's domestic procedures […] not fully consistent*" con quelli di altri sistemi giuridici, Statuto di Roma incluso. Se non vi dev'essere una completa corrispondenza, non è però chiarito se e quale possa essere la distanza ovvero quanto un sistema giuridico interno possa presentare delle norme in materia penale che si discostino – e di quanto – da quelle presenti in altri sistemi giuridici e nello Statuto di Roma. Il problema parrebbe fin qui non porsi laddove siano coinvolti dei sistemi giuridici che, per lo meno in materia penale, sia sotto il profilo formale che sostanziale, siano ascrivibili alle tradizioni di *civil law* e *common law*. Se in base al meccanismo predisposto dall'articolo 13.1.b) dello Statuto di Roma fosse però, per ipotesi, l'Arabia Saudita ad essere interessata? La Legge di procedura penale di

[799] *Ivi*, par. 29 e 30.
[800] *Prosecution response,* par. 42.
[801] *Ivi*, par. 43.

questo Paese prevede all'articolo 1 che "*Courts shall apply Shari'ah principles, as derived from the Qur'an and Sunnah (the traditions of Prophet Muhammad, peace be upon him) to the cases that are brought before them. They shall also apply laws promulgated by the state that do not contradict the provisions of the Qur'an and Sunnah, and shall comply with the procedure set forth in this Law*"[802]. Anche se non richiesto dallo Statuto di Roma, le norme di procedura di emanazione statale e quindi non divina (la precisazione è d'obbligo dato che i principi shariatici che le Corti sono *in primis* chiamate ad applicare sono, nella concezione islamica, norme di diritto sacro poste da Dio) potrebbero ben trovare delle corrispondenze con quelle presenti in altri ordinamenti giuridici e nello stesso Statuto. In linea teorica, fino a verifica che provi il contrario, potrebbero esserlo anche le norme di emanazione divina. Rimane tuttavia da considerare come la Corte penale internazionale si porrebbe rispetto alla clausola di salvaguardia prevista dall'articolo 80 dello Statuto, qualora le pene previste da un ordinamento fossero ad esempio quelle menzionate nella Legge di procedura penale saudita secondo cui: "*Sentences of death, stoning, amputation, or qisas in cases other than death that have been affirmed by the Appellate Court shall not be final unless affirmed by the Permanent Panel of the Supreme Judicial Council*"[803]. Su questo punto va osservato che il principio di legalità dei crimini e delle pene non esiste in diritto islamico, motivo per cui anche per i crimini che hanno base coranica, non è esclusa l'analogia[804].

Ci è dato poi di considerare un'ulteriore ipotesi legata in questo caso alla costituzione dello Stato islamico dell'Iraq e del Levante (ISIL[805]), un'ipotesi su cui ci soffermeremo, sia per l'elemento di novità che comporta, sia per l'interesse sul piano teorico che essa riveste in merito al discorso che stiamo conducendo.

---

[802] Law of criminal procedure (2001), Royal Decree No.(M/39), 28 Rajab 1422 [16 October 2001], Umm al-Qura No.(3867), 17 Sha'ban 1422 [3 November 2001], consultabile in: http://www.saudiembassy.net/about/country-information/laws/CriminalProcedures2001-1of3.aspx. Ultima consultazione 15.09.2014.

[803] Law of criminal procedure, *cit*., articolo 11. Sulle pene *quisas*: «*Le Quissas est une peine déterminée à son tour par un texte du droit musulman. C'est donc une peine fixe. Le domaine du Quissas est constitué par les délits intentionnels contre la vie ou l'intégrité corporelle. Il s'agit d'infliger au coupable un mal semblable ou équivalent à celui qu'il a porté à sa victime. C'est une sorte de talion soumis à des règles bien déterminées*», N. HOSNI, *Le droit pénal islamique*, *cit*., p. 415.

[804] H. –H. JESCHECK, *Droit pénal islamique et droit pénal laïque. Points communs et points divergents*, in: *Revue internationale de droit pénal*, 56e année, 3e et 4e trim. 1985, p. 420.

[805] Acronimo dall'inglese "*Islamic State in Iraq and the Levant*". Un altro acronimo ricorrente per indicare la medesima entità è ISIS da *Islamic State in Iraq and Al-Sham*, che mantiene parte della denominazione in lingua araba ovvero *al-Dawla al-Islamiya al-Iraq al-Sham*, da cui l'acronimo DAESH.

4.7. *Considerazioni preliminari sull'ISIL, lo Stato islamico dell'Iraq e del Levante*

Con una Risoluzione denominata "*Threats to international peace and security caused by terrorist acts*" del 15 agosto 2014[806], il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, riaffermava l'indipendenza, la sovranità, l'unità e l'integrità territoriale della Repubblica dell'Iraq e della Repubblica Araba Siriana esprimendo grave preoccupazione per il fatto che parte del territorio iracheno e parte del territorio siriano fossero (e siano) sotto il controllo dell'ISIL e del Fronte Al Nusrah (ANF). Come si evince dallo stesso titolo della Risoluzione, ISIL e ANF sono considerati organizzazioni terroristiche, ciò nondimeno essi esercitano un controllo effettivo su di un territorio sul quale il 29 giugno 2014 è stata proclamata la costituzione di un califfato islamico[807]. Il paragrafo 3 della Risoluzione parla esplicitamente di crimini contro l'umanità, laddove nel paragrafo 2 viene data una descrizione più accurata dei vari atti perpetrati dall'ISIL che il Consiglio di Sicurezza dichiara di condannare. Siamo in sostanza innanzi a dei crimini che potrebbero essere sottoposti alla giurisdizione della Corte penale internazionale, ai sensi dell'articolo 5 dello Statuto di Roma. E in effetti, una conferma in tal senso si trova in un rapporto della Commissione internazionale indipendente di inchiesta sulla Repubblica Araba di Siria, del 13 agosto 2014[808], pubblicato il successivo 27 agosto. La Commissione che ha redatto il rapporto è stata istituita il 22 agosto 2011 dalla risoluzione S-17/1 del Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite. Il mandato ad essa conferito consisteva nello svolgimento di indagini in merito a presunte violazioni dei diritti umani nella Repubblica Araba di Siria a partire da marzo 2011, nello stabilire i fatti e le circostanze che potevano costituire tali violazioni e i crimini compiuti, nonché, ove possibile, nell'identificare i responsabili al fine di poter assicurare che coloro che avevano commesso delle violazioni, ivi incluse quelle che potevano costituire dei crimini contro l'umanità, ne dovessero rendere conto[809].

---

[806] NU, S/RES/2170 (2014).

[807] La notizia, oltre ad aver avuto vasta eco mediatica, è riportata in quella che è considerata la rivista ufficiale dell'ISIL, *Dabiq*, a cui, in mancanza di altra documentazione certa, faremo riferimento. Il primo numero intitolato "*The return of Khilafah*" riporta che "*On the first of Ramadan 1435H, the revival of the Khilafah was announced by the spokesman for Islamic State, Shaykh Abu Muhammas al-'Adnani ash-Shami (hafidhahullah)*", DABIQ, Issue 1, 1435 Ramadan, Al Hayat Media Center, p. 7 (l'anno è espresso secondo il calendario islamico).

[808] NU A/HRC/27/60.

[809] Il mandato conferito alla Commissione è stato successivamente ampliato dalle Risoluzioni A/HRC/RES/S-19/1del 4 giugno 2012 e A/HRC/RES/21/26 del 17 ottobre 2012.

Il rapporto del 13 agosto presenta i dati emersi dalle indagini condotte dalla Commissione dal 20 gennaio al 14 luglio 2014[810] ed è strutturato principalmente su una preliminare analisi delle forze in campo, seguita dalle diverse tipologie di violazioni perpetrate dai diversi soggetti implicati nel conflitto. Le forze in campo sono suddivise tra forze governative e gruppi armati non statuali. In questo secondo gruppo figura l'*Islamic State of Iraq and Al-Sham*. Ci concentriamo quindi su alcuni elementi qualificanti che emergono dal rapporto in merito all'ISIL.

In primo luogo, l'avanzata dell'ISIL in Iraq ha permesso a tale gruppo di rafforzare le proprie capacità militari, colpendo in modo serio l'equilibrio dei poteri nella Repubblica Araba di Siria, tanto da un punto di vista pratico, che da un punto di vista psicologico. Meglio organizzato e finanziato, grazie ai notevoli sequestri di risorse e di equipaggiamenti militari in Iraq, l'ISIL ha potuto rafforzare il controllo esercitato su una vasta area nelle province del nord e dell'est del Paese, tra cui Deir el-Zor, ricca di petrolio. L'ISIL ha attirato nei suoi ranghi combattenti stranieri con esperienza e ideologicamente motivati dal momento dall'autoproclamazione del califfato islamico, ma può contare anche su un crescente numero di combattenti siriani dopo aver stretto alleanze con alcune tribù locali. Per il mantenimento dell'ordine interno è stata adottata una strategia che associa brutalità e servizi essenziali, tra cui la sicurezza e l'impiego[811].

Nella voce sulle violazioni relative al trattamento di civili e dei belligeranti *hors de combat*, il rapporto parla di esecuzioni nella pubblica piazza in cui le vittime sono decapitate o uccise con un colpo sparato alla testa. Prima delle esecuzioni i combattenti dell'ISIL annunciano quale sia il crimine commesso dalle vittime. I corpi sono poi esposti pubblicamente, spesso crocefissi, per i tre giorni successivi all'esecuzione affinché possano servire da monito per gli abitanti.

Le vittime sono in genere accusate di appartenere ad altri gruppi armati o di aver infranto il codice penale dell'ISIL. Si tratta nella maggior parte dei casi di uomini adulti, ma sono stati giustiziati anche ragazzi tra i 15 e i 17 anni. In luglio due donne sono state lapidate dalla folla su iniziativa dell'ISIL.

---

[810] Tale rapporto, si considera debba essere letto congiuntamente ai rapporti già resi in precedenza dalla Commissione (A/HRC/27/60, par. 1): S-17/2/Add.1, A/HRC/19/69, A/HRC/21/50, A/HRC/22/59, A/HRC/23/58, A/HRC/24/46 e A/HRC/25/65.
[811] A/HRC/27/60, paragrafi 16-17.

L'ISIL invoca il diritto religioso per giustificare le sue esecuzioni. Le persone intervistate hanno affermato che i detenuti nelle prigioni dell'ISIL erano private dell'assistenza di un legale, né era loro garantita una procedura regolare nel quadro di un processo equo. Delle indagini sul funzionamento dei tribunali shariatici sono in corso, ma vi è ragione di credere che l'ISIL abbia compiuto delle esecuzioni senza un giusto processo, il che si configura come crimine di guerra.

Esponendo pubblicamente i corpi dei condannati e non seppellendo i morti dignitosamente secondo il rito della religione a cui appartengono, l'ISIL ha violato il diritto internazionale umanitario consuetudinario[812].

L'ISIL è un gruppo strutturato che dirige e fomenta atti di violenza contro i civili, da cui si evince una politica ben organizzata. Le vittime paiono essere per la maggior parte belligeranti *hors de combat* e le esecuzioni illegali segnalate in alcune aeree hanno luogo nel quadro di un attacco generalizzato. Con queste esecuzioni l'ISIL ha commesso degli omicidi che costituiscono dei crimini contro l'umanità[813].

Alla voce "Tortura e maltrattamenti" il rapporto denuncia che le pubbliche piazze sono divenute teatro di amputazioni, di flagellazioni e di simulacri di crocefissioni. Secondo l'ISIL il ricorso a pene corporali come le amputazioni e le fustigazioni, si fonda sulla legge religiosa. Sono in corso delle inchieste sul funzionamento dei tribunali shariatici e sul diritto a una procedura regolare da accordarsi alla difesa. L'ISIL ha inflitto torture e trattamenti crudeli che si configurano come crimini di guerra. Poiché tali crimini si inscrivono nel quadro di un attacco condotto su vasta scala, gli atti di tortura e altri atti inumani costituiscono un crimine contro l'umanità[814].

Alla voce "Diniego dei diritti economici, sociali e culturali e delle libertà fondamentali", il rapporto segnala che nelle zone controllate dall'ISIL un'interpretazione stretta della *sharī'a*, inedita nella Repubblica Araba di Siria, è imposta su tutti gli aspetti della vita, dal cibo agli spostamenti, dall'impiego ai riti religiosi e ha ristretto le libertà fondamentali, in particolare per le donne[815].

Nella parte conclusiva del rapporto la Commissione rivolge delle Raccomandazioni. Tra le raccomandazioni rivolte a tutte le parti figura quella di favorire la comprensione del diritto religioso e di vegliare affinché la sua interpretazione e la sua applicazione

[812] A/HRC/27/60, parr. 30, 31, 36, 37.
[813] A/HRC/27/60, par. 38.
[814] *Ivi*, parr. 70 e 74.
[815] A/HRC/27/60, par. 129.

permettano di evitare la violenza e di difendere i diritti dell'uomo, in particolare i diritti delle donne e dei fanciulli, senza discriminazioni[816]. Ai gruppi armati non statuali la Commissione raccomanda, tra l'altro, di rinunciare ai metodi violenti nell'applicazione del diritto religioso, portando il dovuto rispetto ai diversi gruppi e pratiche religiosi[817]. Infine, tra le raccomandazioni rivolte al Consiglio di sicurezza, figura quella di prendere le misure adeguate deferendo la situazione alla giustizia, eventualmente alla Corte penale internazionale, nella consapevolezza che, nel contesto della Repubblica Araba di Siria, solo il Consiglio di sicurezza è competente per procedere a tale deferimento[818]. Va ricordato su questo punto che la Repubblica Araba di Siria non è parte dello Statuto di Roma.

Gli elementi che abbiamo estrapolato dal rapporto sono utili non solo a mettere in evidenza come, dalle prove raccolte, nel territorio siriano controllato dall'ISIL siano stati commessi dei crimini che rientrano tra quelli contemplati dallo Statuto di Roma, ma che l'ISIL si sta dotando di un nucleo di organizzazione statuale sul piano interno che benché, in quanto tale, non dobrebbe formalmente essere rilevante ai fini del diritto internazionale, segnala tuttavia un elemento di fatto che si somma a quello dell'effettivo controllo di un territorio. Tale organizzazione, nell'intento dei suoi fautori, è impronta a dei canoni che si rifanno alla tradizione islamica, un elemento che emerge, ci sia concesso di dirlo, in modo drammatico, nelle modalità con cui è amministrata la giustizia e più in particolare la giustizia penale. Una delle figure professionali che nel sistema di diritto islamico segnano il passaggio alla "modernità giuridica" e che fa parte ormai di tutti gli ordinamenti giuridici dei Paesi arabo-musulmani, è rappresentata dall'avvocato difensore, una figura sconosciuta al sistema di diritto musulmano classico[819]. Vediamo infatti che, come emerge dal rapporto, le testimonianze raccolte affermano che ai detenuti sotto il controllo dell'ISIL è negata l'assistenza legale. Ciò non si configurerebbe però come una negazione, bensì, nel quadro ideologico e giuridico adottato da tale entità, come una mera adesione alla struttura organizzativa della tradizionale giustizia islamica.

Al rapporto che abbiamo analizzato, che riguardava la situazione nella Repubblica Araba di Siria complessivamente intesa, la Commissione ha fatto seguire un ulteriore

[816] A/HRC/27/60, par. 142. c).
[817] A/HRC/27/60, par. 144. b).
[818] A/HRC/27/60, par. 148. b).
[819] O. GIOLO, *Giudizi, giustizia e diritto nella tradizione arabo-musulmana*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 109-110 e p. 142.

rapporto dedicato esclusivamente all'ISIL[820]. Nonostante la competenza della Commissione sia limitata al territorio siriano l'ISIL viene così descritto: «*On 29 June 2014, ISIS proclaimed itself a "Caliphate" initially based on, but not limited to, territories it controls in Syria and Iraq. Its creation had formed an integral part of the group's rhetorical and military expansionist aims since the outset of its activities. For those inclined to join the movement, the existence of the newly self-proclaimed entity served as an additional motivating factor to join the group. New recruits were not only expected to engage in military activity but also help with building the emerging "state"*»[821].

Emergono da quest'ultimo rapporto ulteriori elementi tipici del sistema di diritto islamico. Talune pene corporali sono ora identificate come rientranti nella categoria delle pene *hudud*, che possono includere la fustigazione e l'amputazione[822]. Ad alcune comunità cristiane è stata data l'opzione della conversione all'Islām o del pagamento della *jizya*, l'imposta di capitazione che gravava sui non musulmani in terra d'Islam e che costituiva uno degli obblighi scaturenti dall'accordo di *dhimma*. Si segnala poi la pratica del *takfīr*, secondo la quale un soggetto viene dichiarato miscredente (*kufar* o *kufr*[823]) al fine di poter giustificare degli attacchi contro singoli o gruppi percepiti come un pericolo al dominio dell'ISIL[824].

Nelle raccomandazioni che concludono il rapporto la Commissione si rivolge alla comunità internazionale chiedendo di «*Engage international accountability mechanisms, including the International Criminal Court, to hold individuals, including ISIS commanders, responsible for war crimes and crimes against humanity*»[825].

L'ISIL, benché correntemente chiamato "Stato" islamico, non è uno Stato riconosciuto, tuttavia la formazione di uno Stato è un fenomeno «essenzialmente politico e pre-giuridico, che si verifica quando si afferma di fatto e stabilmente nel mondo delle relazioni internazionali un'autorità politica sovrana e indipendente, entro

---

[820] NU, Report of the Indipendent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic, *Rule of Terror: Living under ISIS in Syria*, GE.14-, 14 novembre 2014.
[821] *Ivi*, par. 17.
[822] *Ivi*, par. 21.
[823] V.VACCA, S. NOJA, M. VALLARO (a cura di), *Al-Buhārī,Detti e fatti del Profeta dell'Islām*, UTET, Torino, 2003, p. 657; H. LAOUST, *Gli scismi nell'Islam*, ECIG, Genova, 2002, p. 59.
[824]NU*, Rule of Terror: Living under ISIS in Syria*, *cit*., par. 32. Come già segnalato (*Supra*, § 1.19), la Costituzione tunisina promulgata il 27 gennaio 2014 prevede all'articolo 6, secondo comma, che lo Stato si impegni a vietare e a lottare contro i richiami al *takfīr* e all'incitazione alla violenza e all'odio. Il testo in lingua originale è consultabile sul sito dell'Assemblea Nazionale Costituente: http://www.anc.tn/site/main/AR/docs/constit_proj_26012014.pdf
[825] NU*, Rule of Terror: Living under ISIS in Syria*, *cit*., par. 82. j).

una determinata sfera territoriale e sociale»[826]. Se dunque l'autorità dell'ISIL si consolidasse – restando tuttavia imperscrutabile come uno Stato che si richiama alla dottrina classica del Califfato potrebbe rapportarsi nell'attuale sistema di relazioni internazionali – poste alcune questioni di ordine teorico che data l'attuale situazione di fatto non sono risolvibili[827], resterebbe da chiarire in che modo potrebbe essere fatta salva la clausola di salvaguardia prevista dall'articolo 80 dello Statuto di Roma, dato che l'ISIL, nel suo ordine interno, si richiama solo ed esclusivamente alla tradizione giuridica shariatica con una marcata impostazione dottrinale di tipo hanbalita[828].

Se il caso dell'ISIL è un caso limite, sia perché la situazione è in divenire e sia perché, conseguentemente, la speculazione dottrinale è sottoposta a molteplici elementi di incertezza, si sarebbe comunque di fronte a un sistema giuridico che in principio si dichiara impermeabile a influenze da parte del diritto di matrice occidentale. Ossia, sarebbe un sistema di diritto islamico che potremmo definire "puro"[829] in rapporto alla maggior parte degli attuali ordinamenti di Stati che si richiamano alla tradizione giuridica dell'Islām che presentano un sistema misto. È il caso ad esempio di quanto abbiamo osservato in merito alla Libia.

Se la Corte penale internazionale non è chiamata a valutare della compatibilità delle norme di diritto interno di uno Stato con le norme sui diritti umani, essa è comunque tenuta ad applicare e ad interpretare il diritto ai sensi dell'articolo 21 del suo Statuto in conformità con i diritti dell'uomo internazionalmente riconosciuti. Potrebbe perciò la Corte esercitare la propria giurisdizione su un caso quando, anche qualora fossero verificate le condizioni per l'improcedibilità previste dall'articolo 17 dello Statuto, l'ordinamento interno dello Stato che ha giurisdizione preveda pene quali la lapidazione

---

[826] T. TREVES, *Diritto Internazionale*, *cit*., p. 56.

[827] Anche se una "situazione" relativa all'ISIL, fosse sottoposta al Procuratore dal Consiglio di Sicurezza ai sensi dell'articolo 13.1.b), in merito alla ricevibilità di un caso innanzi alla Corte penale internazionale, entrerebbe in gioco lo Stato che ha giurisdizione sulla stessa. Iraq e Siria hanno, ciascuno per la propria porzione di territorio controllata dall'ISIL, giurisdizione formale, mentre l'ISIL avrebbe giurisdizione effettiva. Riconoscere tale elemento significherebbe riconoscere lo Stato islamico. Sul piano internazionale inoltre gli individui che sostengono l'ISIL e che agiscono per l'ISIL, sono attualmente considerati come associati di Al-Qaida in quanto lo stesso ISIL è considerato come un gruppo affiliato ad Al-Qaida, (S/RES/2170 (2014), par. 18), con la differenza però che mentre Al-Qaida era ed è un'organizzazione terroristica transazionale, l'ISIL presenta la novità di avere una base territoriale.

[828] DABIQ, Issue 1, 1435 Ramadan; Issue 2, 1435 Ramadan; Issue 3, 1435 Shawwāl; Issue 4, Dhul-Hijjah, AlHayat Media Center.

[829] Esula dalle competenze di chi scrive esprimere delle valutazioni sulla reale aderenza ai precetti islamici della dottrina promossa e istituzionalizzata dall'ISIL. Ciò che in prima approssimazione appare però chiaro, è il distacco da quell'esegesi canonica storicamente consolidata nelle quattro scuole giuridiche di rito sunnita, a favore di un'esegi che si potrebbe definire autonoma e regressiva, funzionale al quadro ideologico primosso dall'ISIL.

o l'amputazione degli arti per il soggetto giudicato colpevole? Dovendo aderire al dato giuridico formale, potremmo a tal proposito ricorrere alla riflessione di Koskenniemi secondo cui vi sarebbe una proprietà intrinseca nella legge secondo la quale, a partire da una stessa norma, possono essere ricavate delle conclusioni contraddittorie e ugualmente valide[830]. Pare in effetti che le conclusioni cui sono giunte la Prima Camera preliminare e la Camera d'appello nel caso di Saif Al-Islam Qadhafi, sottraendo – almeno così sarebbe dovuto essere – l'imputato alla giurisdizione libica, abbiamo impedito che al soggetto venisse inflitta la pena di morte[831]. Per inciso, Saif Al-Islam Qadhafi, non è mai stato consegnato alla Corte penale internazionale. Sulla base delle informazioni contenute nell'ultimo rapporto del Procuratore della Corte penale internazionale al Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite sulla situazione in Libia[832], la Corte d'Assise di Tripoli ha decretato la condanna a morte di Saif Qadhafi il 28 luglio 2015[833]. A seguito della richiesta della Corte alle Autorità libiche di non giustiziare il condannato, di consegnarlo alla Corte e di segnalare la condanna a morte al Consiglio di Sicurezza, il 20 agosto 2015 la Libia rispondeva che la condanna non sarebbe stata eseguita in quanto il condannato era stato giudicato *in absentia*, che egli non era sotto custiodia delle Autorità libiche e che avrebbe avuto diritto ad un nuovo processo quando fosse stato trasferito da Zintan alle Autorità libiche. Il Procuratore sollecitava quindi il Consiglio di Sicurezza affinché Saif Qadhafi fosse consegnato alla Corte[834].

Nello stesso Rapporto, il Procuratore delinea la presenza delle forze dell'ISIL in territorio libico[835] e rammenta che «*Given that many foreign fighters are alleged to have joined the ranks of ISIL, including a number of State Party nationals, the Office recalls that under the Rome Statute, the primary responsibility for the investigation and prosecution of perpetrators of atrocity crimes rests first and foremost, with the national authorities*»[836] e ancora che «*The Office reiterates its concern that extremely grave crimes within the jurisdiction of the Court are still being committed by all parties to the*

[830] *Supra*, 1.1.7.
[831] C. TARFUSSER, Seminario di Diritto internazionale: *Global Responsibility for Violations of Human Rights*, Università degli Studi di Padova, 10 ottobre 2012.
[832] ICC-01/11, Situation in Libya, Reports to the UNSC, *Tenth report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011)*, 05.11.2015.
[833] *Ivi*, par. 5.
[834] *Ivi*, par. 7.
[835] *Ivi*, par. 22 ss.
[836] *Ivi*, par. 23.

conflict and their respective allies. The Office recalls that those responsible for these crimes can be prosecuted either at the national level or by the ICC»[837].

Analoghi crimini, abbiamo visto, sono stati commessi nei territori siriano e iracheno controllati dall'ISIL. Né Siria, né Iraq sono parti dello Statuto di Roma. Potrebbe dunque la situazione dell'ISIL essere sottoposta al Procuratore della Corte penale internazionale dal Consiglio di Sicurezza? Se sì, come potrebbe funzionare il principio di complementarietà? Nell'ipotesi del tutto teorica in cui l'ISIL volesse e potesse perseguire, come potrebbe la Corte conciliare la clausola di salvaguardia prevista dall'articolo 80 dello Statuto di Roma, con le norme sui diritti umani internazionalmente riconosciute? I principi penali di diritto islamico che trovano applicazione nell'ordine giuridico dell'ISIL, non sarebbero forse un limite al funzionamento del principio di complemarietà? Se la questione, sono diversi profili, appare meramente teorica, essa muove tuttavia da una situazione di fatto in cui sono rinvenibili i presupposti per un deferimento alla Corte penale internazionale[838], da cui probabilmente potrebbe emergere una tensione tra principi di diritto internazionale e principi diritto islamico, sia alla luce del disposto dell'articolo 21.1. c) dello Statuto di Roma, che del principio di complementarietà ivi previsto.

4.8. *I principi generali di diritto e il principio di complementarietà nello Statuto di Roma.*

Abbiamo sopra dato conto di alcuni elementi presenti nel diritto penale di Stati di tradizione islamica in quanto i principi generali di diritto sono elaborati dalla Corte sulla base della normativa interna dei sistemi giuridici del mondo, sistemi giuridici che si ritiene debbano essere attualmente esistenti. Il sistema di diritto musulmano è una componente degli ordinamenti giuridici degli attuali Stati di tradizione islamica, dove, come abbiamo visto, i principi e valori dell'Islām ricevono formale consacrazione sul piano costituzionale. Al contempo si tratta di sistemi giuridici che hanno conosciuto significative influenze da parte del diritto di matrice occidentale. I principi generali di diritto presenti in tali ordinamenti potrebbero dunque essere tanto principi generali derivanti dalla tradizione giuridica islamica, che principi di diritto delle tradizioni

[837] *Ivi*, par. 42.
[838] «*Reaffirms that those responsible for committing or otherwise responsible for terrorist acts, violations of international humanitarian law or violations or abuses of human rights must be held accountable*», NU, S/RES/2249 (2015), § 4.

giuridiche occidentali. Può essere trovata una sintesi? Sotto il profilo del diritto interno dobbiamo innanzi tutto osservare che «A seguito delle indipendenze nazionali, la maggior parte dei paesi arabo-musulmani, anziché mantenere o istituire nuovamente l'organizzazione giudiziaria di diritto musulmano, promosse l'unificazione delle giurisdizioni e dei codici, generalizzando l'uso degli organi e delle procedure del sistema giudiziario europeo»[839]. Non sorprende pertanto che la Corte penale internazionale ritrovasse nelle norme di procedura penale libiche delle norme non dissimili da quelle di altri ordinamenti.

Questione più delicata e complessa è quella relativa alle norme sostanziali che regolano determinati istituti, perché è da queste (anche se non solo) che sono stati ricavati i principi generali di diritto nell'esperienza delle corti internazionali. All'interno di uno stesso ordinamento che si richiami alla tradizione islamica, è dato infatti riscontrare «la presenza di disposizioni che hanno la loro origine formale e sostanziale nel diritto positivo moderno e di norme che fondano la propria legalità e legittimità nel *corpus* di diritto musulmano classico» determinandosi un fenomeno per cui «tutte le norme prodotte nel rispetto dei criteri stabiliti dal diritto positivo e dal diritto musulmano sono considerate legali (in vigore), ma solo quelle che corrispondono ai criteri di compatibilità sostanziale con i principi della *sharī'a* sono considerate legittime (valide)»[840]. La sintesi tra queste due concezioni del diritto deve in definitiva essere operata dal giudice (interno), il quale deve gestire «una mediazione sul piano giuridico tra culture diverse e spesso contrastanti, e ciò senza che siano stati esplicitati quali sono i criteri e i principi da seguire in quest'opera di traduzione»[841]. Va detto che il risultato di tale opera di mediazione e quindi di sintesi, pare sin qui non essere stato oggetto di specifiche ricerche. Se il giudice interno tuttavia è chiamato a gestire una complessità che deriva dal pluralismo giuridico e dal carattere legittimante che viene ad assumere il diritto musulmano classico, certo è che una simile operazione non può essere richiesta al giudice internazionale il quale, fosse anche in grado di compierla, avendo come riferimento una diversa base sociale, non potrebbe fondare la propria riflessione su delle condizioni di legittimità derivanti dalla concezione religiosa di una sola parte degli Stati che compongono la comunità internazionale. Egli perciò non potrà avere come

[839] O. GIOLO, *Giudizi, giustizia e diritto nella tradizione arabo-musulmana*, *cit*., p. 110.
[840] *Ivi*, p. 118-119.
[841] *Ivi*, p. 111.

riferimento che il dato giuridico-formale, sia esso fondato sul diritto codificato, che sul corpo del diritto musulmano classico, se a questo viene fatto rinvio.

Lo Statuto di Roma parla di "principi generali di diritto" non di "principi generali di diritto penale". Se così fosse, in merito ai Paesi di tradizione islamica e al relativo sistema giuridico, dovrebbero essere presi in considerazione solo quegli ordinamenti che hanno adottato un sistema di diritto penale ispirato al diritto musulmano classico[842]. Considerando quindi l'insieme dei Paesi che si richiamano alla tradizione islamica, il diritto islamico dovrà essere oggetto di un esplicito richiamo da parte di una norma di diritto positivo affinché il giudice internazionale possa, nell'elaborazione dei principi generali, attingere anche a tale sistema giuridico. E ciò al di là dei riferimenti all'Islām nei testi costituzionali, che mantenendo un fermo e costante orientamento in senso islamico degli ordinamenti di riferimento, consente al giudice nazionale dei margini di apprezzamento in senso più tradizionalista nei casi che gli sono sottoposti. I principi di diritto islamico sono invece richiamati, come abbiamo visto, nell'ambito del diritto civile[843], un quadro giuridico che già sarebbe dovuto essere evidente ai giudici della Corte internazionale di giustizia.

Quanto all'elaborazione dei principi generali da parte della Corte penale internazionale sarà nel divenire della giurisprudenza di tale Corte che potrà eventualmente essere isolato un contributo del diritto di matrice islamica ai principi generali, principi che si caratterizzano per avere un necessario collegamento con il diritto interno. Essi sono principi che il diritto interno può qualificare come "principi generali" o principi relativi a singoli istituti giuridici. Su questo punto il principio di complementarietà previsto dallo Statuto di Roma, ponendo un collegamento con le giurisdizioni nazionali, lo pone di necessità con il diritto interno degli Stati dove singoli istituti di diritto penale islamico potrebbero non essere reputati compatibili "con le norme e i criteri internazionalmente riconosciuti" nonché "con i diritti dell'uomo internazionalmente riconosciuti". Troviamo perciò nello Statuto di Roma un duplice elemento di valutazione della considerazione del diritto islamico in diritto internazionale, quello propriamente inerente ai principi generali di diritto di cui all'articolo 21.1.c) e quello che, per il tramite del principio di complementarietà,

[842] Si tratta di Arabia Saudita, Libia, Iran, Pakistan, Kuwait, Emirati Arabi Uniti, Qatar: M. C. BASSIOUNI, *Les sources de la loi islamique et la protection des droits de l'homme dans le système du droit pénal islamique*, in: *Revue internationale de droit pénal*, 56e année, 3e et 4e trim. 1985, p. 425, nota 3. Nessuno dei Paesi segnalati è attualmente parte dello Statuto di Roma.
[843] *Supra*, § 1.19.

permetterà di stabilire, in modo più o meno manifesto, se singoli istituti di diritto islamico siano o meno compatibili con gli standard previsti dallo Statuto.

4.9. *Il Tribunale penale internazionale per la ex Yugoslavia: il caso Celebici*

Allontanandoci dalle giurisdizioni a carattere universale ma restando in ambito penale, consideriamo il Tribunale penale internazionale per la ex Yugoslavia, istituito dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite nel 1993[844]. Si tratta di una Corte che ha giurisdizione limitata *ratione loci* ai territori del'ex Repubblica Federale Socialista di Yugoslavia e *ratione temporis* al periodo a decorrere dal primo gennaio 1991 ai sensi dell'articolo 8 dello Statuto[845].

Lo Statuto del Tribunale non fa menzione dei principi generali, né ne fa menzione il Regolamento di procedura e prova[846].

Nel paragrafo due della Risoluzione istitutiva del Tribunale veniva richiesto al Segretario generale di sottoporre al Consiglio un rapporto inerente a tutti gli aspetti relativi all'istituzione della nuova corte. Tale rapporto è stato reso il 3 maggio 1993[847] e approvato dal Consiglio di Sicurezza nella risoluzione con cui è stato adottato lo Statuto[848]. Nel paragrafo 58 del Rapporto a commento dell'articolo 6 dello Statuto si afferma che "*The International Tribunal itself will have to decide on various personal defences which may relieve a person of individual criminal responsibility, such as minimum age or mental incapacity, drawing upon general principles of law recognized by all nations*".

Nel caso Celebici[849] la Camera d'appello ha dovuto decidere se un'alterazione della capacità di intendere potesse esser fatta valere come mezzo di difesa. Il Tribunale osserva che i giudici non hanno il potere di adottare delle regole idonee a creare dei nuovi reati, ma che possono adottare delle regole di procedura e prova per delle questioni che ricadono entro la competenza del Tribunale. Di conseguenza i giudici non sono competenti per adottare delle regole che possano stabilire dei nuovi mezzi di difesa. Perciò, se in diritto internazionale esiste un "mezzo di difesa speciale" basato sull'alterazione della capacità di intendere, questo «*must be found in the usual sources*

[844] S/RES/ 808 (1993), 22 febbraio 1993, par. 1.
[845] Adottato con Risoluzione S/RES/827 (1993), 25 maggio 1993.
[846] TPIY, IT/32, 14 marzo 1994.
[847] S/25704, 3 maggio 1993.
[848] S/RES/827 (1993), 25 maggio 1993, par. 1.
[849] ICTY, "*Celebici case*", Prosecutor v. Delalic, Mucic, Delic and Landžo, IT-96-21.

of international law – in this case, in the absence of reference to such a defence in established customary or conventional law, in the general principles of law recognised by all nations»[850]. Se è vero che viene richiamato in nota il paragrafo 58 del Rapporto del Segretario generale, la modalità con cui la Camera d'appello si esprime in questo passaggio pare avere portata più generale, laddove richiama le "fonti abituali" del diritto internazionale, tra cui i principi generali. Ciò porterebbe a considerare che anche al di là di previsioni di carattere formale, il Tribunale ritenga di poter ricorre ai principi generali di diritto.

Nel caso di specie vengono quindi prese in esame alcune legislazioni nazionali, a partire dalla legislazione inglese che già la difesa aveva richiamato a sostegno della sua tesi, e che era stata assunta a modello in taluni paesi di *common law*[851]. Segue un'analisi delle previsioni dello Statuto della Corte penale internazionale – all'epoca non ancora in vigore – e della legislazione di "*many others countries"* che sono Francia, Germania, Italia, Federazione Russa, Turchia, Giappone, Sudafrica[852]. Il Tribunale quindi, nel valutare se esista un principio generale di diritto che tale può essere in diritto internazionale in quanto presente in più sistemi giuridici nazionali, compie un'analisi di diritto comparato e sulla base di quest'analisi trae le sue conclusioni. Il solo Paese di tradizione islamica considerato è la Turchia, che, come abbiamo già visto, dalla promulgazione del Codice civile del 1926, ha adottato un profilo istituzionale "laico" o "secolarizzato"[853] per cui la legislazione non è più informata, né richiama, il diritto musulmano. Ne consegue che il sistema di diritto islamico non è entrato nell'analisi comparativa svolta dal Tribunale. E in effetti, il principio generale elaborato dal Tribunale viene così affermato: «*The Appeals Chamber accepts that the relevant general principle of law upon which, in effect, both the common law and the civil law*

---

[850] ICTY, "*Celebici case*", Appeals Chamber, Judgment 20 February 2001, IT-96-21-A, par. 583. Quello che si è reso con "alterazione della capacità di intendere" è nell'originale inglese "*diminished mental resposibility*" in quello francese invece "*altération du discernement*".

[851] *Ivi*, par. 584, 586. Sono considerate le legislazioni dei seguenti Paesi: Australia, Hong Kong, Singapore, Barbados, Bahamas.

[852] *Ivi*, par. 588 e nota 986.

[853] A.E. ORÜÇÜ, *A review of Turkish divorce law*, in**:** *Recht van de Islam 8*, S.W.E. Rutten (red.), RIMO, Maastricht 1990, p. 47. «Dopo l'abolizione del Califfato, del Sultanato e della figura dello Sceicco ül-islam, insieme alla chiusura dei tribunali religiosi, dell'ordine dei sufi e delle Madresa (le scuole coraniche), la fondazione costituzionale dovette insistere sulla secolarità della legittimazione del potere e sulla matrice consensuale delle istituzioni politiche», M. CARDUCCI, B. BERNARDINI D'ARNESANO, *Turchia*, *cit*., p. 50; «*La Turquie a réalisé en quelques jours plus de réformes que la vieille Turquie dans le courant des siècles; la jeune république turque vien d'adopter en bloc la civilisation et la mentalité occidentales. C'est, comme l'a écrit le journal turc Iléri, l'adieu definiti à l'Orient*», A. HOBZA, *Questions de droit international concernant les religions*, RCADI, Vol. 5, 1924, vol. 5, p. 382.

systems have acted is that the defendant's diminished mental responsibility is relevant to the sentence to be imposed and is not a defence leading to an acquittal in the true sense. This is the appropriate general legal principle representing the international law to be applied in the Tribunal»[854]. Il principio generale di diritto internazionale che sarà applicato è perciò dedotto, in modo esplicito, dai soli sistemi di *common law* e *civil law.* La metodologia adottata dalla Camera d'appello è ciò nondimeno un superamento della rilevazione dei principi per via assiomatica o intuitiva, nonostante le legislazioni dell'insieme dei Paesi che non solo in ragione di una componente religiosa maggioritaria appartengono alla tradizione islamica, ma perché mantengono nei lori ordinamenti chiari riferimenti giuridici al diritto islamico, non siano entrate nella comparazione operata dal Tribunale. Non è chiaro se tale esclusione si fondi su una consolidata "consuetudine" del giudice internazionale, incline a considerare prevalentemente gli ordinamenti degli Stati che per più antica tradizione sono improntati ai sistemi di *civil law* o *common law* o se rilevi invece dalla difficoltà, più sopra segnalata, che l'analisi di un sistema misto potrebbe comportare. Nulla esclude tuttavia che, al vaglio di un'effettiva indagine sulle legislazioni dei Paesi arabo-musulmani che ancora nei loro ordinamenti richiamano i principi di diritto musulmano, non potesse essere rilevato il principio generale che il Tribunale definirà "*the appropriate general legal principle representing the international law*". La scelta operata dal Tribunale parrebbe perciò far emergere *in primis* un'esclusione di carattere culturale, posto che la Turchia, unico Paese musulmano considerato, pur non essendo da un punto di vista tecnico-giuridico succeduta all'Impero ottomano, ne è a tutti gli effetti l'erede culturale. E l'Impero ottomano è stata la prima entità sovrana e indipendente che gli Stati europei abbiano riconosciuto *de jure* e non solo *de facto*, come facente parte della comunità internazionale.

[854] ICTY, "*Celebici case*", Appeals Chamber, Judgment 20 February 2001, IT-96-21-A, par. 590.

Sezione Terza

GLI STRUMENTI REGIONALI

SOMMARIO: 4.10. Ambito regionale europeo. – 4.11 *Segue*: La Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali. – 4.12. *Segue*: Il Trattato di Lisbona. – 4.13. *Segue*: La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. – 4.14. Ambito regionale africano. – 4.15. Ambito identitario? I principi generali negli strumenti dell'Organizzazione di cooperazione islamica.

4.10. *Ambito regionale europeo*

Sul piano regionale europeo due sono gli strumenti che vengono in rilievo in merito alla formalizzazione dei principi generali di diritto, ovvero la Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali (CEDU) promossa nell'ambito del Consiglio d'Europa[855] e il Trattato di Lisbona[856] – articolato nelle due componenti del Trattato sull'Unione europea e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea[857] – . Ai sensi dell'articolo 6.1.1 del Trattato sull'Unione europea, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[858], pur rimanendo uno strumento formalmente distinto dal Trattato sull'Unione, ha lo stesso valore giuridico dei Trattati. Dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona la Carta dei diritti fondamentali ha sostituito la Carta proclamata a Strasburgo il 12 dicembre 2007 da Parlamento europeo, Consiglio e Commissione[859] che riprendeva, con degli adattamenti, la Carta proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000.

[855] Consiglio d'Europa, STE n. 5, Roma 04.11.1950, entrata in vigore 03.09.1953.
[856] Trattato di Lisbona che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007, entrato in vigore il primo dicembre 2009, GU dell'Unione europea C 306/01 del 17.12.2007.
[857] Versione consolidata del trattato sull'Unione europea e del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, articolo 1.3, GU dell'Unione europea C 326/01 del 26.10.2012.
[858] Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, GU dell'Unione europea, C 326/02, 26.10.2012
[859] GU dell'Unione europea, C 303/01, 14.12.2007.

4.11. Segue: *La Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali*

Il primo comma dell'articolo 7 della CEDU, sancisce i principi *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege* ed è titolato col nome di quest'ultimo principio. Il secondo comma afferma che "Il presente articolo non ostacolerà il rinvio a giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o d'una omissione che, al momento in cui fu commessa, era criminale secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili"[860]. Tale statuizione rinvia ai principi generali con la medesima formulazione presente nell'articolo 38.1. c) della Corte internazionale di giustizia e vedremo come sarà ripresa in un articolo con disposizioni analoghe, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Possiamo citare un ulteriore riferimento ai principi generali, da intendersi però in tal caso in senso lato: il primo comma dell'articolo 35 stabilisce che "La Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti…".

4.12. Segue: *Il Trattato di Lisbona*

Nel Trattato sull'Unione europea è stabilito che fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali, i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (articolo 6.3). La nozione di principi generali riferita alla Convenzione sui Diritti dell'Uomo è da intendersi in senso lato, posto anche che ai sensi del secondo comma dell'articolo 6 "L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali". Per quanto attiene invece ai principi risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, si tratta di principi ricavati dagli ordinamenti interni degli Stati, in tal caso principi di diritto pubblico, che con ciò rientrano nella terza nozione di principi generali sulla base delle tre grandi linee interpretative che abbiamo tracciato. I diritti fondamentali parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali, da un lato quindi sono fissati in uno strumento di ordine pattizio, dall'altro

[860] La Convenzione è stata redatta in Francese e Inglese, lingue facenti ugualmente fede ai sensi dell'articolo 59.5.2 della stessa. La traduzione in lingua italiana è tratta da: R. LUZZATTO, F. POCAR, *Codice di diritto internazionale pubblico*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013, p. 183 ss.

invece la loro definizione richiederà un'analisi delle tradizioni costituzionali degli Stati membri al fine di stabilire quale sia, in materia di protezione dei diritti fondamentali, il patrimonio giuridico comune. Una volta compiuta quest'operazione sarà possibile interpretare in modo coordinato i principi derivanti dalle due distinte fonti, di cui la seconda è costituita dai principi generali di diritto. In sostanza, essendo tali fonti distinte, ma poste giuridicamente sullo stesso piano, nella rilevazione dei principi che da esse derivano non sarà perciò possibile procedere come si è visto nei casi analizzati portati innanzi alla Corte penale internazionale e al Tribunale penale per la ex Yugoslavia, laddove lo Statuto di Roma veniva posto sullo stesso piano degli ordinamenti interni al fine dell'estrapolazione di un principio generale in diritto internazionale, ma, per procedere a un'interpretazione coordinata delle due fonti, sarà preliminarmente necessaria una fase di rilevazione dei principi generali comuni agli Stati membri.

Vi è una seconda categoria di principi che vengono in rilievo nel trattato sull'Unione europea. Si tratta dei principi affermati nell'articolo 21 definiti come i principi che hanno informato la creazione, lo sviluppo e l'allargamento dell'Unione. È sulla base di tali principi che l'Unione dovrà fondare la sua azione sulla scena internazionale e tali principi sono la democrazia, lo Stato di diritto, l'universalità e l'indivisibilità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il rispetto della dignità umana, i principi di eguaglianza e di solidarietà e il rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale. L'Unione si prefigge di promuovere tali principi nel resto del mondo. Osserviamo che, ad esclusione dell'ultima voce, i principi che seguono il primo – democrazia – , sono parte sostanziale dei principi che informano l'ordinamento di uno Stato che possa definirsi democratico, senza dei quali la nozione di democrazia sarebbe solo un vuoto enunciato[861]. Si tratta perciò di principi di diritto pubblico che hanno informato la creazione, lo sviluppo e l'allargamento dell'Unione in quanto principi già presenti negli ordinamenti degli Stati che, a partire dal Trattato di Roma[862] e attraverso i successivi Trattati di modifica hanno dato origine all'Unione[863].

---

[861] A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 358-359. Si veda anche: R.A. DAHL, *Sulla democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2006, titolo originale: *On Democracy*, Yale University, 1998.

[862] Trattato che istituisce la comunità economica europea adottato il 25.03.1957 ed entrato in vigore il 01.01.1958. Non pubblicato nella Gazzetta Ufficiale. Il testo è disponibile in: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=EN.

[863] In materia di diritti umani va ricordato l'impulso dato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Nel caso *Internationale Handelsgesellschaft* la Corte affermò che «La tutela dei diritti fondamentali

Secondo Conforti affinché dei principi di origine interna, possano essere applicati a titolo di principi generali di diritto internazionale è necessario che essi «siano sentiti come obbligatori e necessari anche dal punto di vista del diritto internazionale, che essi cioè perseguano dei valori e impongano dei comportamenti che gli Stati considerino come perseguiti ed imposti o almeno necessari anche sul piano internazionale». Tale condizione è preceduta però da quella che tali principi «esistano e siano uniformemente applicati nella *più gran parte* degli Stati»[864]. Quest'ultima condizione dev'essere verificata affinché si possa sostenere che la democrazia è un principio generale di diritto internazionale, tuttavia risulta evidente dall'enunciato dell'articolo 21 che l'Unione europea e perciò tutti gli Stati che sono parte di essa, prefiggendosi di promuovere i principi di democrazia nel mondo ritengono che si tratti di principi necessari anche sul piano internazionale universale, essendo la stessa Unione fondata su uno strumento di carattere internazionale.

Il dettato dell'articolo 21.1 è in parte ripreso nel medesimo articolo al comma 2 punto b) che sancisce che l'Unione definisce e attua politiche comuni e azioni e opera per assicurare un elevato livello di cooperazione in tutti i settori delle relazioni internazionali al fine di consolidare e sostenere la democrazia, lo Stato di diritto, i diritti dell'uomo e i principi del diritto internazionale. Metteremo in relazione tali disposizioni del trattato sull'Unione europea con delle disposizioni affini presenti nella Carta dell'Organizzazione di Cooperazione islamica.

Nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, sono due gli articoli che vengono in rilievo in merito ai principi generali, ovvero gli articoli 223 e 340.

L'articolo 223.1 stabilisce che il Parlamento europeo elabora un progetto volto a stabilire le disposizioni necessarie per permettere l'elezione dei suoi membri a suffragio universale diretto, secondo una procedura uniforme in tutti gli Stati membri o secondo principi comuni a tutti gli Stati membri. Si tratta perciò in questo caso di principi di diritto pubblico.

L'articolo 340, comma secondo, prevede invece che in materia di responsabilità extracontrattuale, l'Unione debba risarcire conformemente ai principi generali comuni ai

---

costituisce infatti parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza. La salvaguardia di questi diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità» (17/12/1970, C-11/70, par. 4). Lingua processuale: Tedesco. Fonte: http://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/eu-case-law.html?locale=it.

[864] B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, *cit*., pp. 43-44.

diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni e, al comma terzo che, in deroga a tale disposizione, la Banca centrale europea debba risarcire, conformemente ai principi generali comuni al diritto degli Stati membri, i danni cagionati da essa stessa o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni.

Oltre a questi articoli dobbiamo segnalare anche le previsioni dell'articolo 263 sul controllo di legittimità sugli atti legislativi da parte della Corte di giustizia dell'Unione. Il secondo comma stabilisce che la Corte sia competente a pronunciarsi sui ricorsi per incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione dei trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione. La portata molto ampia della formula "qualsiasi regola di diritto" induce a includere in tale categoria anche i principi generali di diritto declinati nella duplice accezione dei principi generali propri del sistema giuridico dell'Unione europea e dei principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri.

4.13. Segue: *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*

Consideriamo infine le previsioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. A tal fine dobbiamo innanzitutto registrare che nelle Dichiarazioni allegate all'atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona, in merito alla Carta dei diritti fondamentali, si afferma che essa ha forza giuridicamente vincolante, conferma i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. L'articolo 52 della Carta, dedicato alla Portata e interpretazione dei diritti e dei principi, stabilisce al paragrafo 4 che "laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni". Potranno così essere individuati dei principi generali di diritto fondati sulle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, ma altresì dei principi generali quali criterio interpretativo derivato da quelle stesse tradizioni costituzionali. Tal regola interpretativa si basa sulla formulazione dell'articolo 6.3 del trattato sull'Unione europea.

Abbiamo già visto che la Carta è una componente del Trattato di Lisbona, con il quale è stata sostituita la Carta proclamata a Strasburgo il 12 dicembre 2007. La

pubblicazione di quest'ultimo documento nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea è articolata in due parti, l'una contenente le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali, l'altra invece le spiegazioni relative alla Carta[865]. Tali spiegazioni, come chiarito nel "preambolo" che le precedono, non hanno di per sé status di legge, ma rappresentano un prezioso strumento di interpretazione destinato a chiarire le disposizioni della Carta.

Vediamo dunque le previsioni relative ai principi generali di diritto nella Carta dei diritti fondamentali, oltre alle già richiamate previsioni sulle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, anche in relazione alle spiegazioni che le accompagnano.

Il primo articolo a venire in rilievo è il 41 che sancisce il Diritto ad una buona amministrazione. Secondo la spiegazione relativa a tale articolo, l'articolo 41 "è basato sull'esistenza dell'Unione in quanto comunità di diritto, le cui caratteristiche sono state sviluppate dalla giurisprudenza che ha consacrato segnatamente la buona amministrazione come principio generale di diritto".

Il paragrafo 3 dell'articolo 41 sancisce che ogni persona ha diritto al risarcimento da parte dell'Unione dei danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni, conformemente ai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri. Tale previsione richiama quella dell'articolo 340 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, con la sola differenza che in un caso si parla di "diritti" degli Stati membri, nell'altro di "ordinamenti", una differenza di carattere meramente redazionale che non incide sul tenore e quindi sull'esatta corrispondenza delle previsioni dei due distinti articoli.

L'articolo 49 è titolato "Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene". Il secondo paragrafo recita: "Il presente articolo non osta al giudizio e alla condanna di una persona colpevole di un'azione o di un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali riconosciuti da tutte le nazioni". Ritroviamo in tal caso la medesima formulazione dell'articolo 7.2 della CEDU con un'importante differenza: il termine "nazioni" non è più seguito dall'aggettivo "civili". Si tratta di una differenza che non incide sulla sostanza della previsione il cui senso rimane immutato rispetto all'analoga previsione della CEDU, ma che segnala una mutata "coscienza" della comunità internazionale anche in ragione della considerazione che si tratta di due strumenti su base regionale europea ossia di cui

[865]GU dell'Unione europea, C 303/02, 14.12.2007.

sono parte per lo più gli Stati che tradizionalmente erano considerati "nazioni civili". Come si evince dalla spiegazione a tale articolo, i crimini contemplati al paragrafo due e che sono tali secondo i principi generali riconosciuti da tutte le nazioni, sono in particolare i crimini contro l'umanità.

4.14. *Ambito regionale africano*

L'Organizzazione dell'Unità africana (OUA)[866], ora Unione Africana (UA)[867] , ha adottato nel 1981 la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli[868] (nota anche come Carta di Banjul) che prevede l'istituzione di una Commissione africana per i diritti dell'uomo e dei popoli (art. 30)[869]. Tra le funzioni attribuite alla Commissione rientra la promozione dei diritti dell'uomo e dei popoli attraverso, tra l'altro, la possibilità di dare pareri o fare raccomandazioni ai Governi, e la formulazione e l'elaborazione, finalizzate a servire da base per l'adozione di testi legislativi da parte dei Governi africani, di principi e norme che permettano di risolvere i problemi giuridici relativi al godimento dei diritti dell'uomo e dei popoli e delle libertà fondamentali. Le altre funzioni che qualificano la Commissione sono quelle di assicurare i diritti dell'uomo e dei popoli

---

[866] *Charter of the Organization of African Unity*, UN Treaty Series, Vol. 479, 1963, N. 6947, pp. 70-89 (versione in Inglese e Francese, il testo ufficiale è altresì redatto in Amarico e Arabo).

[867] *Constitutive Act of the African Union*, UN Treaty Series, Vol. 2158, 2003, N. 37733, pp. 3-6 e pp. 32 ss. (versione in Inglese, il testo ufficiale è altresì redatto in Francese, Arabo e Portoghese), adottato a Lomé, Togo, l'11 luglio 2000, entrato in vigore il 26 maggio 2001. Nel 2003 l'Assemblea generale ha adottato un protocollo che modifica l'Atto costitutivo, non entrato però ancora in vigore avendo al 16 aprile 2014 ricevuto 28 ratifiche, sulla maggioranza di due terzi richiesta dall'articolo 13 (ultimo dato ufficiale disponibile in:
http://www.au.int/en/sites/default/files/Amendments%20to%20the%20Constitutive%20Act_0.pdf.
Ultima consultazione ottobre 2015). Tra le novità introdotte dal Protocollo vi è una modifica all'articolo 25 attualmente denominato "Lingue di lavoro" e che in prospettiva in base all'articolo 11 del Protocollo dovrà essere denominato "Lingue ufficiali". L'articolo 25 prevede che le lingue di lavoro dell'Unione e di tutte le sue istituzioni, siano, se possibile, le lingue africane così come l'Arabo, l'Inglese, il Francese e il Portoghese. La versione modificata dall'articolo 11 del Protocollo, prevede che lingue ufficiali dell'Unione e di tutte le sue istituzioni siano l'Arabo, l'Inglese, il Francese, il Portoghese, lo Spagnolo, il Kiswaili e ogni altra lingua africana, (AU, Assembly of the African Union, Second Ordinary Session, 10-12 July 2003, Maputo, Mozambique,– Assembly/AU/Dec. 26 (II) – "*Decision on the amendments to the Constitutive Act – Doc. Assembly/AU/8 8II) Add. 10*"; C. A. A. PACKER, D. RUKARE, *The New African Union and Its Constitutive Act*, AJIL, Vol. 96, n. 2 (Apr., 2002), pp. 365-379; F. OUGUERGOUZ, A. YUSUF, *L'Union africaine. Cadre juridique et institutionnel: manuel sur l'Organisation panafricaine*, Pedone, Paris, 2013.

[868] *African Charter on Human and Peoples' Rights*, UN Treaty Series, Vol. 1520, 1988, N. 26363, pp. 217-258 (versione in Inglese, testi autentici anche in Francese e Arabo), adottata a Nairobi, il 27 giugno 1981, entrata in vigore il 21 ottobre 1986; OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982). La Carta è stata ratifica da 53 dei 54 Stati membri dell'UA. Si veda:
http://www.au.int/en/sites/default/files/African%20Charter%20on%20Human%20and%20Peoples'%20Rights.pdf

[869] R. ILLA MAIKASSOUA, *La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. Un organe de contrôle au service de la Charte africaine*, Éd. Karthala, Paris, 2013.

sulla base delle condizioni previste dalla Carta e di interpretare le previsioni previste dalla Carta (art. 45).

Gli articoli 60 e 61 enunciano i principi che devono informare l'attività della Commissione. In base all'articolo 60 la Commissione deve ispirarsi al diritto internazionale sui diritti dell'uomo e dei popoli e in particolare ai diversi strumenti africani sui diritti dell'uomo e dei popoli, alla Carta delle Nazioni Uniti, alla Carta dell'OUA, alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, così come agli strumenti adottati nell'ambito delle Nazioni unite e dagli Stati africani nel campo dei diritti dell'uomo e dei popoli. L'articolo 61 stabilisce che quali mezzi sussidiari nella determinazione delle norme giuridiche, la Commissione possa prendere in considerazione altre convenzioni internazionali, sia generali che speciali, che prevedano delle norme espressamente riconosciute dagli Stati membri dell'OUA, le pratiche africane conformi alle norme internazionali relative ai diritti dell'uomo e dei popoli, le consuetudini generalmente accettate come diritto, i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni africane, così come la giurisprudenza e la dottrina.

Troviamo quindi nelle previsioni di cui all'articolo 61 una nozione dei principi generali di diritto su base regionale. Possiamo ritenere valida l'analisi complessiva già svolta sui principi generali, salvo naturalmente che per i suoi aspetti storici, e per la caratterizzazione geografica e culturale formalizzata nella Carta africana: precedente alla Statuto di Roma, la formulazione ripete l'impostazione dell'articolo 38 della CIG, sostituendo le "nazioni africane" alle nazioni civili" e si collega alle enunciazioni del preambolo secondo cui, nella riflessione sulla concezione dei diritti dell'uomo e dei popoli, gli Stati membri dell'OUA devono tener conto delle loro tradizioni storiche e dei valori della civiltà africana. Tradizioni storiche e valori di civiltà cui concorre evidentemente anche la civiltà islamica che insiste più marcatamente, sia sotto il profilo culturale che giuridico, nei paesi della fascia nord nel continente. Da un punto di vista teorico, nella dimensione territorialmente regionale oltre che giuridicamente settoriale, rappresentata nella Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, il diritto di matrice islamica potrà concorrere alla definizione dei principi generali di diritto se concordante con i principi espressi dall'insieme o dalla maggior parte degli ordinamenti degli Stati africani. L'eredità coloniale, che accomuna tutti i paesi dell'Africa[870], potrebbe anche

[870] È significativo che la pagina del sito dell'UA che elenca gli Stati membri, riporti per ciascuno il giorno dell'indipendenza: http://www.au.int/en/member_states/countryprofiles.

in tal caso indirizzare verso una prevalenza dei principi presenti nei sistemi di *common law* e *civil law*[871]. Se i territori di civiltà islamica e quindi di diritto islamico (che volutamente qui non chiamiamo Stati), conoscono una solida tradizione scritta espressa nei secoli in lingua araba, il resto del continente, con la sola eccezione dell'area etiope, non avendo elaborato delle forme di scrittura[872], può fare affidamento solo sulla tradizione orale per determinare un'espressione giuridica preesistente alla dominazione europea, che con essa ha continuato a convivere, subendo però una contaminazione via via crescente. Un'espressione giuridica che manifestandosi nella forma del diritto consuetudinario, in assenza di qualunque sorta di documentazione scritta, può essere difficoltoso determinare[873]. Lo sguardo unilaterale del mondo europeo verso l'Africa ha di fatto a lungo interessato prevalentemente le discipline storiche e antropologiche, prima che si manifestasse un interesse da parte della scienza giuridica[874]. Oggi per contro, l'orientamento verso un recupero del patrimonio giuridico tradizionale appare sempre più evidente[875]. Ne è un esempio, che investe anche il campo dei diritti umani, il documento noto come Carta di Kurukan Fuga[876] redatto in forma scritta nel 1998 sulla

[871] Nonostante i testi normativi di diritto interno posti a protezione dei diritti umani dagli Stati africani prima che fosse adottata la Carta, fossero considerati alquanto privi di effettività, in dottrina viene posta una distinzione tra paesi anglofoni e paesi già amministrati dalla Francia, il cui quadro normativo è stato diversamente influenzato sulla base della potenza coloniale di riferimento, A. BADARA FALL, *La Charte africaine des droits de l'homme et del peuples: entre universalisme e régionalisme*, in: *Pouvoirs*, 2009/2 n. 129, pp. 82-83.

[872] Va comunque menzionato l'alfabeto Tifinagh per le popolazioni di lingua berbera. Si veda: L. GALAND, *L'écriture lybico-berbère (information),* in: *Comptes rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, Vol. 142, n. 2, 1998, pp. 593-601.

[873] H. LEVY-BRUHL, *Introduction à l'étude du droit coutumier africain*, in *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 8 n. 1, Janvier-mars 1956, pp. 73-76.

[874] *Ivi,* pp. 69-70; A.N. ALLOT, *The future of African Law*, in: H. KUPER, L. KUPER (eds), *African Law: Adaptation and Development,* University of California Press, 1965; AA. VV, *Integration of customary legal systems in Africa*, University of Ife, Institute of African Studies, Africana Publishing Corporation, New York,1972.

[875] S. MELONE, *Les juridictions mixtes de droit écrit et de droit coutumier dans les pays en voie de développement. Du bon usage du pluralisme judiciaire en Afrique: l'exemple du Cameroun*, in: R.I.D.C., 1986, vol. 38. N. 2, pp. 327-330; J. FENRICH, P. GALIZZI, T. HIGGINS (edt. by), *The Future of African Customary Law*, Cambridge University Press, New York, 2011; A.G. ADEBAYO, B.D. LUNDY, J.J. BENJAMIN, J.K. ADJEI (edt. by), *Indigenous Conflict Management Strategies in West Africa: Beyond Right and Wrong*, Lexington Books, Lanham, Maryland, 2015.

[876] Per il testo della Carta di Kurukan Fuga si ringrazia la professoressa Fatou K. Camara; M. NIANG, *The Kurukan Fuga Charter: An example of an Endogenous Governance Mechanism for Conflict Prevention*, in: *Inter-generational Forum on Endogenous Governance in West Africa*, org. by Sahel and West Africa Club/OECD, Ouagadougou-Burkina Faso, 26-28 June 2006, Vol. 2, SAH/D(2006)563 Annexes, 2006, pp. 71-82.

base di una trasmissione orale risalente al XIII secolo[877] e che l'UNESCO nel 2009 ha iscritto nella Lista del patrimonio culturale immateriale dell'umanità[878].

A fronte di un rinnovato interesse verso il diritto tradizionale consuetudinario la questione più rilevante è quella di determinare quanto e come tale diritto entri nel sistema ordinatorio degli Stati africani[879], considerando, tra l'altro, che lo stesso diritto islamico può confluire in pratiche consuetudinarie laddove i suoi precetti siano seguiti dalla popolazione di fede islamica, al di là del perimetro del rituale religioso e a prescindere dal diritto di emanazione statuale[880]. La stessa Carta di Kurukan Fuga testimonia della presenza islamica[881], che in termini generali viene però percepita come esogena rispetto al contesto culturale dell'Africa, per lo meno della cosiddetta "Africa nera", dove viene posta sullo stesso piano della cultura cristiana ed europea in contrapposizione a quella che viene vista come un'eredità culturale autenticamente africana[882]. Resta il fatto che le trattazioni di ordine generale sui sistemi giuridici del mondo, presentano distintamente il sistema di diritto islamico e i sistemi giuridici africani[883], così come la ricerca sul diritto consuetudinario africano, non trascura di menzionare il diritto musulmano in quanto sistema prevalente nella cosiddetta "Africa bianca", ma non ne fa l'oggetto del proprio studio[884]. I principi generali di diritto

---

[877] Sulla genesi della Carta di Kurukan Fuga si veda: D. TAMSIR NIANE, *Introduction*, in: *La Charte de Kurukan Fuga. Aux sources d'une pensée politique en Afrique*, CELHTO, L'Harmattan, Paris, 2008, pp. 11-13. È di interesse segnalare l'articolo 25 della Carta che dispone che "Gli emissari non corrono alcun rischio nel Mande". Tale disposizione richiama le previsioni dell'articolo 29 e il primo capoverso del Preambolo della Convenzione sulle relazioni diplomatiche del 18 aprile 1961. *Supra,* § 1.10

[878] UNESCO, ITH/09/COM/CONF.209/Décisions, Abou Dhabi, 2 octobre 2009, Décision 4.COM 13.59, pp. 79-80.

[879] A. BADARA FALL, *Il diritto africano ha una sua collocazione del diritto comparato?* in: *Costituzionalismi difficili*, n. 20, Pensa ed., Lecce, 2007.

[880] A. A. OBA, *The Future of Customary Law in Africa,* in: J. FENRICH, P. GALIZZI, T. HIGGINS (edt, by), *The Future of African Customary Law*, *cit*., pp. 72-74; J. UBINK, *The Quest for Customary Law in African State Courts*, *ivi*, pp. 98-99.

[881] Articolo 3.

[882] D. KUMODZEI, *Finding a Knowledge Foundation for Africa*, in: *Inter-generational Forum on Endogenous Governance in West Africa*, *cit*., p. 114.

[883] R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Trad. 10ª ed. (1992), Cedam, Padova, 1994; M.G. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici, Editori Laterza*, Roma-Bari, 2000; K. ABOU EL FADL, *The Islamic legal tradition*, in: M. BUSSANI, U. MATTEI (edt. By), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 295-312; R. SACCO, *The sub-Saharan legal tradition*, *ivi*, pp. 313-343.

[884] H. LEVY-BRUHL, *Introduction à l'étude du droit coutumier africain*, *cit*., p. 68. In un discorso complessivo sulla persistenza delle tradizioni in rapporto alla concezione contemporanea sui diritti umani, Alioune Badara Fall, pone il problema della resistenza che pratiche legate ai valori e alle culture tradizionali possono opporre all'universalismo dei diritti umani. Se talune di tali pratiche si ritiene che nel tempo possano essere ricondotte entro il quadro di una concezione universale dei diritti dell'uomo – è il caso ad esempio del matrimonio forzato delle bambine –, per altre un simile processo appare più difficile. Vengono portati su questo punto alcuni esempi quali il lavoro minorile, il levirato o il sororato e più in

riconosciuti dalle Nazioni africane è perciò plausibile possano essere elaborati dalla Commissione sulla base dei sistemi di *common law*, di *civil law*, del sistema di diritto consuetudinario africano e del sistema di diritto islamico i quali variamente permeano gli ordinamenti degli Stati africani. La valorizzazione che la formulazione dell'articolo 61 opera in merito a una concezione africana dei principi generali – che non verte sulla natura e la funzione dei principi, ma sull'espressione sostanziale che dovrebbe derivarne – delinea la possibilità nell'elaborazione dei principi generali, di un diverso bilanciamento tra i diversi sistemi giuridici, rispetto a quello storicamente operato dal giudice internazionale. E quindi, in prima analisi, anche una maggior considerazione del diritto islamico laddove esso permanga negli ordinamenti degli Stati che a tale tradizione giuridica si richiamano.

Va considerato tuttavia che il mandato della Commissione ha natura quasi giurisdizionale, da cui consegue che le raccomandazioni e decisioni finali che essa adotta non sono giuridicamente vincolanti per gli Stati che ne sono interessati. Ciò nonostante la giurisprudenza della Commissione è stata presa in considerazione dalla Corte internazionale di giustizia nel caso Diallo[885], in riferimento all'interpretazione da darsi all'articolo 12.4 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli. Dovendo fare applicazione di uno strumento regionale sulla protezione dei diritti dell'uomo, la Corte ha ritenuto di dover tenere in debito conto l'interpretazione di tale strumento adottata dagli organi indipendenti creati a tale scopo e ha preso quindi in considerazione la giurisprudenza della Commissione africana[886]. Dato questo precedente, anche se la questione è posta al limite, è lecito ipotizzare che se una decisione della Commissione fosse fondata anche sul ricorso ai principi generali e la Corte internazionale di giustizia si avvalesse nell'elaborazione del suo giudizio di tale decisione, indirettamente i principi generali delle nazioni africane, di per sé limitati all'ambito territoriale dell'OUA, entrerebbero nel corpo dei principi – in senso lato – affermati dalla Corte internazionale di giustizia. E non si tratterebbe evidentemente in tal caso, di un'elaborazione dei principi generali sulla base dell'articolo 38.1 c) dello Statuto della Corte. Il ruolo di fonte sussidiaria che la Carta africana attribuisce ai principi, rende una

---

generale delle pratiche o dei principi religiosi. Su quest'ultimo punto, senza che sia menzionato il diritto musulmano, in nota vengono citati dei contributi dottrinali che riguardano la sola area islamica, A. BADARA FALL, *La Charte africaine*, *cit.,* pp. 91-92 e nota n. 25.

[885] *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), fond, arrêt*, *C.I.J. Recueil 2010*, p. 639.

[886] *Ivi*, paragrafi 66-67.

simile ipotesi marginale, ma non tecnicamente infondata rispetto alla possibilità che dei principi di diritto islamico possano non solo concorrere alla definizione dei principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni africane, ma entrare nel più vasto corpo della giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia.

Nel 1998 l'OUA ha adottato il Protocollo alla Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli sull'istituzione di una Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (art. 1)[887], entrato in vigore il 25 gennaio 2004 e ratificato al 16 aprile 2014 da 27 Stati[888]. Il mandato della Corte è quello di completare e rafforzare le funzioni della Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (art. 2 e Preambolo). I rapporti tra i due organi sono regolati oltre che dalle previsioni del Protocollo, dalla Parte IV (Relazioni con la Corte africana) delle Regole di procedura della Commissione sui diritti dell'uomo e dei popoli, approvate dalla Commissione nel corso della 47ª sessione ordinaria tenutasi a Banjul (Gambia) dal 12 al 26 maggio 2010[889] e dal Regolamento interno della Corte entrato in vigore il 2 giugno 2010 ai sensi dell'articolo 76 dello stesso[890]. I giudici della Corte sono eletti dall'Assemblea dell'UA, la quale dovrà assicurare che, complessivamente, nella composizione della Corte siano rappresentante le principali regioni dell'Africa e le loro principali tradizioni giuridiche (art. 14, commi 1e 2). Questa formulazione richiama il fatto che vi è una diffusione delle diverse tradizioni giuridiche su base regionale. L'articolo 14.3 prevede inoltre che nella composizione della Corte sia assicurata un'adeguata rappresentanza di genere.

Il diritto applicabile dalla Corte è previsto dall'articolo 7 del Protocollo istitutivo, secondo cui la Corte dovrà applicare le previsioni della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli e ogni altro pertinente strumento relativo ai diritti dell'uomo ratificato dallo Stato interessato.

Fatsah Ouguergouz, attualmente giudice membro della Corte, fa osservare che in base alle disposizioni dell'articolo 7 il diritto applicabile dalla Corte ha natura

---

[887] Adottato dalla 34ª Sessione ordinaria dell'Assemblea dei Capi di Stato e di Governo dell'OUA, riunita ad Ougandougou, Burkina Faso, dall'8 al 10 giugno 1998; OAU Doc. OAU/LEG/EXP/AFCHPR/PROT (III); F. OUGUERGOUZ, *The establishment of an African court of human and peoples' rights: a judicial premiere for the African Union*, in: *African Yearbook of International Law*, Vol. 11, Issue 1, 2003, pp. 79-141.

[888] http://au.int/en/sites/default/files/achpr_1.pdf. Ultimo strumento di ratifica depositato il 27.01.2014. Ultima consultazione ottobre 2015.

[889] http://www.achpr.org/instruments/rules-of-procedure-2010/

[890] http://www.african-court.org/en/images/documents/Court/Interim%20Rules%20of%20Court/Final_Rules_of_Court_for_Publication_after_Harmonization_-_Final__English_7_sept_1_.pdf

strettamente convenzionale, mentre gli articoli 60 e 61 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli autorizzano la Commissione a "ispirarsi" o a "prendere in considerazione" talune norme convenzionali o consuetudinarie. Non vi sarebbe tuttavia, secondo questa voce, nessun impedimento per il quale la Corte non potrebbe applicare le pertinenti norme di diritto consuetudinario universale o regionale africano di cui si trovi espressione in talune risoluzioni e decisioni della Commissione[891]. Ouguergouz non fa menzione dei principi generali, anche se, seguendo la logica del suo ragionamento, se ne potrebbe dedurre che, se già elaborati dalla Commissione, anche la Corte potrebbe farvi ricorso benché in modo indiretto. Si pone tuttavia un problema di ordine teorico che ha attinenza con la natura dei principi generali. Ove si ritenga, come nel presente studio, che i principi generali non abbiano in questa fase storica natura di diritto consuetudinario, non essendone prevista un'autonoma elaborazione da parte della Corte, si reputa che il ricorso ai principi generali debba escludersi anche qualora si tratti di principi già elaborati dalla Commissione

In termini generali è di interesse richiamare l'analisi che svolge Sitsofé Kowouvih sul diritto applicabile dalla Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli. Kowouvih dà una lettura delle disposizioni dell'articolo 7, in rapporto alle previsioni dell'articolo 3 che definisce la giurisdizione della Corte nei seguenti termini: (1) "La giurisdizione della Corte si estende a tutti i casi e le controversie ad essa sottoposti che concernono l'interpretazione e l'applicazione della Carta, questo Protocollo e qualunque altro rilevante strumento sui diritti umani ratificato dagli Stati interessati"[892]. Nell'estensione della competenza della Corte all'interpretazione e applicazione di strumenti diversi dalla Carta e dal Protocollo, Kowouvih vede il rischio che, con il pretesto di applicare un altro pertinente strumento relativo ai diritti dell'uomo, la Corte possa introdurre dei concetti estranei derivanti dall'interpretazione giurisprudenziale, senza esercitare, pur nel rispetto dell'universalità dei diritti dell'uomo, quella che definisce una necessaria "tropicalizzazione"[893], la quale rileva dalla specificità africana dei diritti dell'uomo[894]. Il

[891] F. OUGUERGOUZ, *La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Gros plan sur le premier organe judiciaire africain à vocation continentale,* in: *Annuaire français de droit international*, vol. 52, 2006, p. 233; M. KAMTO (dir.), *La Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'Homme. Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2011.
[892] S. KOWOUVIH, *La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples: une rectification institutionnelle du concept de "spécificité africaine" en matière de droits de l'homme*, in : *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n. 59, juillet 2004, pp. 772-783.
[893] *Ivi*, p. 776.

termine "tropicalizzazione" pare alludere a una specificità africana subsahariana che non contempla il sistema di diritto islamico. La permeabilità del sistema che risulta dalla lettura del combinato disposto degli articoli 3 e 7 sarebbe per l'autore funzionale all'integrazione di specificità giuridiche in casi in cui, ad esempio, fossero chiamati in gioco dei valori culturali minoritari. E il riferimento esplicito è ai paesi di diritto islamico o agli Stati del Commonwealth che potrebbero essere parte di convenzioni particolari. Sui primi la questione veniva vista come meramente teorica, dato che in materia di diritti dell'uomo non vi erano all'epoca specifiche convenzioni nello spazio islamico[895]. Oggi è però in vigore la Carta araba dei diritti dell'uomo[896] e, come vedremo, è stato adottato nell'ambito della Lega degli Stati arabi, lo Statuto della Corte araba dei diritti dell'uomo. L'analisi meriterebbe perciò ulteriori riflessioni. Ciò che rileva ai nostri fini, è che nel più vasto contesto africano il diritto islamico pare rientrare per questo autore nel novero dei valori culturali minoritari[897].

L'atto istitutivo dell'UA annovera tra gli organi dell'Unione la Corte di giustizia (art. 5.1 d). L'articolo 18 stabilisce che sia creata una Corte di giustizia dell'Unione e che il suo statuto, la sua composizione e i suoi poteri siano definiti in un protocollo ad essa relativo. Tale protocollo è stato adottato dagli Stati membri dell'Unione nel luglio 2003[898] ed è entrato in vigore l'11 febbraio 2009[899]. L'articolo 2.2 stabilisce che la Corte debba essere il principale organo giudiziario dell'Unione. Ai sensi dell'articolo 21.1. d) la Corte potrà applicare i principi generali di diritto riconosciuti universalmente *o* dagli Stati africani. Viene quindi posta una distinzione tra principi affermati su scala universale e principi affermati su scala regionale. La formula "riconosciuti

---

[894] *Ivi*, p. 777.
[895] *Ivi*, pp. 779-780.
[896] Adotta a Tunisi il 23 maggio 2004 durante il 16° Vertice della Lega degli Stati arabi ed entrata in vigore il 15 marzo 2008. M.A. AL-MIDANI, M. CABANETTES (trans. by), S.M. AKRAM (rev. by), *Arab Charter on Human Rights 2004*, in: *Boston University International Law Journal*, Vol. 24, Issue 2, 2006, pp. 147-164.
[897] Di interesse in merito a ciò una decisione del Consiglio Esecutivo dell'UA del 2008 nella quale si autorizza "*the Commission to accelerate the recruitment of a Jurist in the Arabic language within the next twelve (12) months, to align the Arabic legal instruments with the texts in the other languages in order to ensure consistency of the treaties in all working languages of the African Union*" (AU, Executive Council, Thirteenth Ordinary Council, 24 – 28 June 2008, Sharm El-Sheikh, Egypt, EX.CL/Dec.421 (XIII), *Decision on the status of signature and ratification of OAU/AU treaties doc. EX.CL/410(XIII)*, par. 5).
[898] Assembly of the African Union, Second Ordinary Session, 10 - 12 July 2003 Maputo, Mozambico, Assembly/AU/Dec. 25 (II) "*Decision on the draft protocol of the Court of justice of the African union*" Dec. EX/CL/59 (III).
[899] Al 28.02.2013 (data dell'ultima firma 24.01.2013) su 44 Stati firmatari, 16 avevano ratificato. Si veda: http://www.au.int/en/sites/default/files/Court%20of%20Justice.pdf. Ultima consultazione ottobre 2015.

universalmente" dà adito tuttavia a qualche elemento di ambiguità. L'esclusione di soluzioni formali quali ad esempio "riconosciuti da tutte le nazioni" o "dai sistemi giuridici del mondo" in rapporto alla formula "riconosciuti dagli Stati africani" può richiamare dei principi che già siano stati affermati sul piano internazionale universale e non quindi elaborati dalla Corte in merito al caso di specie, mentre sarà la Corte ad elaborare i principi generali sul piano internazionale a partire dai principi operanti negli ordinamenti degli Stati africani. A conferma di tale ipotesi andrebbe il dettato dell'articolo 3.1.5 del Protocollo istitutivo, secondo il quale, nell'insieme, la composizione della Corte dovrà assicurare la rappresentanza delle principali tradizioni giuridiche africane.

Il Protocollo sulla Corte di giustizia è stato tuttavia superato, prima della sua entrata in vigore, dall'adozione nel 2008 di un Protocollo sullo Statuto della Corte africana di giustizia e dei diritti umani[900] che ai sensi dell'articolo 1, con lo Statuto ad esso annesso, sostituisce sia il Protocollo istitutivo della Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli del 1998, che il Protocollo della Corte di giustizia dell'Unione africana del 2003, sancendo la fusione delle due corti in un unico organo denominato per l'appunto "Corte Africana di giustizia e dei diritti umani (art. 2). Il Protocollo non è ancora entrato in vigore, avendo ricevuto alla data del 3 febbraio 2014, come da ultimo documento consultabile disponibile, la ratifica da parte di cinque Stati[901]. L'articolo 9 dispone che il Protocollo e lo Statuto entrino in vigore dopo trenta giorni dal deposito di quindici strumenti di ratifica da parte degli Stati membri.

In merito ai principi generali lo Statuto ripete le disposizioni del Protocollo sulla Corte di giustizia. Nell'esercizio delle sue funzioni ai sensi dell'articolo 31.1 d) la Corte dovrà considerare i principi generali di diritto riconosciuti universalmente o dagli Stati africani[902]. Sulla composizione della Corte, che consta di sedici membri, è affermato

[900] AU, Assembly of the African Union, Eleventh Ordinary Session, 30 June – 1 July 2008, Sharm El-Sheikh, Egypt, Assembly/AU/Dec. 196 (XI), "*Decision on the single legal instrument on the merger of the African Court on human and peoples' rights and the African Court of justice*", Doc. Assembly/AU/13 (XI).

[901] http://www.au.int/en/sites/default/files/Protocol%20on%20Statute%20of%20the%20African%20Court%20of%20Justice%20and%20HR_0.pdf. Ultima consultazione ottobre 2015.

[902] L'articolo 31 dello Statuto, che definisce il diritto applicabile dalla Corte, stabilisce che (1) nell'esercizio delle sue funzioni la Corte debba aver riguardo a: a) L'Atto Costitutivo; b) i trattati internazionali, sia generali che speciali, ratificati dagli Stati in lite; c) la consuetudine internazionale, quale prova di una pratica generale accettata come diritto; d) i principi generali di diritto riconosciuti universalmente o dagli Stati africani; e) fatte salve le disposizioni del paragrafo 1 dell'articolo 46 dello Statuto, le decisioni giudiziarie e la dottrina degli autori più qualificati delle varie nazioni, così come i regolamenti, le direttive e le decisioni dell'Unione, quali mezzi sussidiari per determinare le regole di

innanzi tutto un criterio di selezione di ordine geografico, sulla base delle regioni individuate tramite Decisioni dell'Assemblea dell'UA (art. 3.3). I giudici sono eletti dal Consiglio Esecutivo e designati dall'Assemblea (art.7.1), la quale dovrà assicurare che nella Corte, nel suo insieme, vi sia un'equa rappresentanza delle regioni e delle principali tradizioni giuridiche del Continente (art. 7.4). Dovrà ugualmente essere assicurata un'equa rappresentanza di genere (art. 7.5).

Va altresì richiamato che è stato elaborato, ma non ancora adottato, un Protocollo che apporta degli emendamenti al Protocollo sullo Statuto della nuova Corte, finalizzato ad estenderne la giurisdizione ai crimini internazionali e che introduce la nuova denominazione di "Corte africana di giustizia e dei diritti dell'uomo e dei popoli"[903]. Tale protocollo, nella fase di elaborazione attuale, non apporta modifiche al diritto applicabile dalla Corte[904].

Complessivamente tra i diversi organi che abbiamo considerato nel quadro dell'UA e per i quali è previsto il ricorso ai principi generali, va osservato che è la Commissione ad avere giurisdizione sulla pressoché totalità degli Stati membri dell'UA, avendo tutti, tranne uno – il Sud Sudan –, ratificato la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli. Il Protocollo con cui è stata istituita la Corte africana dei diritti dell'Uomo e dei Popoli conta attualmente, come abbiamo visto, 27 Stati parte, e non annovera i principi generali tra le fonti su cui la Corte deve fondare i suoi giudizi. Il Protocollo sulla Corte di giustizia dell'Unione Africana, di cui sono parte 16 Stati, è entrato in vigore nel

---

diritto; f) qualunque altra norma rilevante per la decisione del caso. (2) Questo articolo non pregiudica il potere della Corte di decidere un caso *ex aequo et bono* se le parti sono d'accordo.

[903] Vi è una prima versione di tale protocollo di modifica risalente al 2012, mentre la versione più recente è del 2014: AU, Meeting of Government Experts and Ministers of Justice/Attorneys General on Legal Matters, 7 to 11 and 14 to 15 May 2012, Addis Ababa, Ethiopia, (Exp/Min/IV/Rev.7), "*Draft protocol on amendments to protocol on the Statute of the African Court of justice and human rights*"; AU, First Meeting of the Specialized Technical Committee on Justice and Legal Affairs, 15-16 May 2014, Addis Ababa, Ethiopia, (STC/Legal/Min/7(I) Rev. 1), "*Draft protocol on amendments to protocol on the Statute of the African Court of justice and human rights*". A. ABASS, *The proposed international criminal jurisdiction for the African Court: some problematic aspects*, in: *Netherlands International Law Review*, vol. 60, issue 1, may 2013, pp. 27-50.

[904] Nel novembre 2013 il Kenya, ai sensi dell'articolo 121.1 dello Statuto della Corte penale internazionale, ha sottoposto al Segretario generale delle Nazioni Unite una proposta di emendamento allo Statuto di Roma, che investe anche il principio di complementarietà. Laddove nel Preambolo dello Statuto gli Stati parte mettono in evidenza "che la Corte penale internazionale istituita in virtù del presente Statuto è complementare alle giurisdizioni penali nazionali" il Kenya propone la seguente modifica: "la Corte penale internazionale istituita in virtù del presente Statuto è complementare alle giurisdizioni penali nazionali e regionali" e ciò al fine del riconoscimento delle istituzioni giudiziarie regionali (U.N. C.N.1026.2013.TREATIES-XVIII.10). Il Gruppo di lavoro sugli emendamenti della CPI ha deciso in un Rapporto del 7 dicembre 2014 di rinviare la discussione sugli emendamenti proposti (ICC-ASP/13/31 Thirteenth session, New York, 8-17 December 2014, Report of the Working Group on Amendments, par. 5).

2009, ma la Corte non è mai entrata in funzione. Conseguentemente, nel contesto regionale africano, è in via prevalente nella giurisprudenza della Commissione che si potrà verificare la rilevanza del diritto musulmano nella costruzione dei principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni africane. Le decisioni e risoluzioni della Commissione non sono tuttavia giuridicamente vincolanti, nonostante abbiano un sicuro valore di indirizzo, comprovato anche dal richiamo che ne è stato fatto dalla Corte internazionale di giustizia.

In generale, se consideriamo che il diritto interno di tutti gli Stati africani ha conosciuto l'influenza dei sistemi di *civil law* o *common law*, è da ritenersi che come per i sistemi giuridici in cui ancora opera il diritto musulmano, anche per i sistemi giuridici in cui da un punto di vista giuridico formale vi sia un riconoscimento del diritto tradizionale africano, l'individuazione dei principi generali, innanzi tutto sul piano del diritto interno, debba operarsi in considerazione della concorrenza che vi può essere tra diverse concezioni giuridiche all'interno del medesimo ordinamento. Un'operazione che se già abbiamo visto non essere semplice per l'area di diritto islamico, appare essere ancor più complessa per le aree interessate da una tradizione giuridica autoctona orale. Un compito di cui sarebbero investiti i membri della Commissione qualora ritenessero di dover ricorrere ai principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni africane. Al di là delle questioni di carattere tecnico formale non può però non notarsi come per talune voci della dottrina che abbiamo richiamato, il "baricentro" dell'africanità e per estensione delle Nazioni africane, sia spostato verso l'"Africa nera", rendendo così periferico il rilievo del diritto musulmano. La complessità tecnico giuridica nella rilevazione dei principi generali sul piano del diritto interno, letta in rapporto alla sussidiarietà – insieme ad altre fonti – dei principi generali nel quadro delle previsioni della Carta Africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, può far ritenere che si tratti di una formulazione giuridica che racchiude *in primis* un'enunciazione dai forti connotati politici, legati all'affermazione di un'identità e di una specificità africane nel sistema di relazioni internazionali. La qualcosa sarebbe corroborata anche dall'elaborazione del Protocollo volto ad estendere al campo penale le competenze della Corte Africana di giustizia e dei diritti umani.

Sempre nel contesto africano, ma in tal caso nell'ambito della Comunità economica degli Stati dell'Africa orientale (ECOWAS[905]), di cui sono parte quindici Stati, troviamo un altro strumento che prevede il ricorso ai principi generali. L'ECOWAS fu costituita nel 1975[906] e il trattato istitutivo rivisto nel 1993[907]. L'articolo 6 e) del Trattato di revisione contempla tra le istituzioni dell'Organizzazione la Corte di giustizia della Comunità (*Community Court of Justice*), la cui istituzione è prevista dall'articolo 15, il cui comma secondo rinvia ad un Protocollo per la definizione dello status, della composizione, dei poteri, della procedura e di altre questioni inerenti alla Corte. Il Protocollo sulla Corte di giustizia della Comunità è stato adottato nel 1991[908]. L'articolo 19.1 prevede che le la Corte esamini le controversie ad essa sottoposte in conformità alle previsioni del Trattato e alle sue Regole di procedura. La Corte, qualora necessario, dovrà altresì applicare il corpo di norme contenute nell'articolo 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia. Per questo tramite dunque la Corte potrà ricorrere anche ai principi generali di diritto.

La vocazione prima dell'ECOWAS è quella di promuovere la cooperazione e l'integrazione al fine di stabilire un'unione economica nell'Africa occidentale (art. 3.1, Trattato di revisione). Nel 2005 è stato adottato un Protocollo che introduce degli emendamenti al Protocollo istitutivo della Corte[909]. Ai sensi dell'articolo 3 di tale Protocollo l'articolo 9 del Protocollo istitutivo è cancellato e sostituito da delle nuove previsioni che includono un'estensione della competenza della Corte a giudicare casi di violazione dei diritti umani all'interno degli Stati Membri (articolo 9.4). Non è però precisato quali siano gli strumenti sui diritti umani su cui la Corte debba fondare i suoi giudizi e restano invariate le previsioni dell'articolo 19.1 del Protocollo istitutivo[910].

---

[905] Economic Community of West African States.

[906] *Treaty of the Economic Community of West African States (ECOWAS). Concluded at Lagos on 28 May 1975*, UN Treaty Series, Vol. 1010, 1976, N. 14843, pp. 17-41 (versione in Inglese). Entrato in vigore il 28 maggio 1975.

[907] *Revised Treaty of the Economic Community of West African States (ECOWAS). Cotonou, 24 July 1993*, UN Treaty Series, Vol. 2373, 2006, N. 42835, pp. 233-274(versione in Inglese). Entrato in vigore il 23 agosto 1995.

[908] Protocol A/P.I/7/91 on the Community Court of Justice, Abuja 6th of July 1991. Gli articoli 4.1 d) e 11del Trattato dell'ECOWAS del 1975, prevedevano l'istituzione di un Tribunale, ma non hanno avuto attuazione.

[909] Supplementary Protocol A/SP.1/01/05 amending the Preamble and articles 1, 2, 9 and 30 of Protocol A/P.1/7/91 relating to the Community Court of Justice and article 4 paragraph 1 of the English version of the said Protocol, Accra, 19th of January 2005.

[910] S. T. EBOBRAH, *A rights-protection goldmine or a waiting volcanic eruption? Competence of, and access to, the human rights jurisdiction of the ECOWAS Community Court of justice*, in: *African human rights law journal*, Vol. 7, n. 2, 2007, pp. 314-316; K.J. ALTER, L.R. HELFER, J.R. MCALLISTER, *A new*

4.15. *Ambito identitario? I principi generali negli strumenti dell'Organizzazione di cooperazione islamica*

Abbiamo già svolto alcune considerazioni in merito all'Organizzazione di cooperazione islamica. Vediamo ora se e come vengano in rilievo i principi generali negli strumenti di tale Organizzazione a partire dal trattato su cui essa si fonda. Ricordiamo che il Segretariato generale dell'Organizzazione, ai sensi dell'articolo 21 della Carta che ne è alla base, ha sede a Gedda, in Arabia Saudita, in attesa della liberazione di Al-Qods Al-Charif, ossia Gerusalemme, che diverrà sede permanente dell'Organizzazione.

Il Preambolo della Carta dispone che gli Stati membri sono determinati a promuovere i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali, il buon governo, lo Stato di diritto, la democrazia e la responsabilità negli Stati membri, conformemente ai loro sistemi costituzionali e giuridici. Questa formulazione non fa riferimento a delle tradizioni costituzionali comuni, ma rinvia al piano del diritto interno di ogni singolo Stato, che potrà avere, compatibilmente agli impegni presi sul piano del diritto internazionale, dei margini di apprezzamento soggettivi su cosa si debba intendere per diritti dell'uomo, libertà fondamentali, buon governo, Stato di diritto e democrazia. Solo per citare lo Stato che ospita il Segretariato generale dell'Organizzazione, questi, a titolo di esempio, non ha firmato e quindi non ratificato, né il Patto internazionale sui diritti civili e politici, né il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali[911]. Il testo normativo dello Stato saudita che nella traduzione in lingua inglese è definito *Basic Law of Rule (Constitution)* o *Basic Law of Governance*[912], promulgato nel 1992, sancisce all'articolo 1 che il Regno dell'Arabia Saudita è uno Stato sovrano Arabo Islamico, che la sua religione è l'Islam e che la sua Costituzione è il Libro di Dio e la Sunna del Suo Profeta. Il potere di governo del Regno, ai sensi dell'articolo 7, deriva dal Libro di Dio e dalla Sunna del Suo Profeta, considerati fonti gerarchicamente superiori sia al testo costituzionale che ad ogni altra legge dello Stato. L'articolo 26

international human rights court for West Africa: The ECOWAS Community Court of justice, in: AJIL, Vol. 107, n. 4, Oct. 2013, pp. 737-779. In particolare p. 755.

[911] http://indicators.ohchr.org/.Ultima consultazione ottobre 2015.

[912] *Saudi Arabia – The New Constitution – The Kingdom of Saudi Arabia*, in: *Arab Law Quarterly*, Vol. 8, Issue 3, 1993, pp. 258-270; R. ABA-NAMAY, *The recent constitutional reforms in Saudi Arabia*, in: *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 42, Issue 2, April 1993, pp. 295-331. La Costituzione del Regno dell'Arabia Saudita in traduzione inglese è consultabile anche in taluni siti governativi, si veda ad esempio:
https://www.sagia.gov.sa/Documents/Laws/Basic%20Law%20of%20Governance_En.pdf.

prevede che lo Stato protegga i diritti dell'uomo in conformità alle norme della Shari'a islamica.

Posto che il Regno dell'Arabia Saudita è solo uno dei cinquantasette Stati membri dell'OCI e che a rigore il coefficiente di democraticità di uno Stato richiederebbe un'analisi più approfondita sia dell'architettura istituzionale che delle dinamiche sociali e culturali di una comunità politica[913], attenendoci al dato giuridico formale che abbiamo evidenziato è evidente che questo rinvia a una tradizione politico-istituzionale diversa da quella in cui è maturata ed evoluta la nozione e poi la pratica della democrazia, democrazia che come è noto è termine di origine greca che la lingua araba riprende in termini pressoché identici (*dīmuqrāṭīa*).

L'articolo 2 della Carta prevede che gli Stati membri, nel perseguire gli obiettivi enunciati all'articolo 1, devono essere guidati e ispirati dai nobili insegnamenti e valori dell'Islam e agire conformemente a dei principi di seguito enunciati, che includono, tra gli altri, il sostenere e il favorire, sia sul piano nazionale che internazionale, il buon governo, la democrazia, le libertà fondamentali e lo Stato di diritto (art. 2.7). Il catalogo di principi che in base a tale disposizione gli Stati membri si impegnano a sostenere e a favorire anche sul piano internazionale, presenta delle corrispondenze con gli analoghi principi che l'articolo 21 del Trattato sull'Unione europea pone alla base dell'azione internazionale dell'Unione e che la stessa Unione si prefigge di promuovere nel mondo. Ricollegandoci dunque alle considerazioni già svolte sul principio di democrazia[914], vediamo che anche nel caso delle previsioni della Carta dell'OCI, tale principio è ritenuto necessario sul piano del diritto internazionale universale. Il chiaro rinvio al diritto interno dei singoli Stati operato dal Preambolo della Carta dell'OCI per la declinazione tanto del principio di democrazia che dei principi ad esso necessariamente collegati, induce tuttavia a delle valutazioni in merito all'interpretazione che il principio di democrazia può ricevere sul piano del diritto internazionale universale. Se tale principio viene passato al vaglio degli elementi dell'ordinamento saudita sopra evidenziati, per quanto, come già rilevato, si tratti di un'analisi necessariamente parziale, dovremmo probabilmente arrivare alla conclusione che di fronte al medesimo significante "democrazia", si presentano significati diversi sulla base del gruppo di Stati

[913] E. AFSAH, *Constitution-Making in Islamic Countries-A Theoretical Framework*, in: *Constitutionalism in Islamic Countries, cit.*, pp. 476-511; F. E. VOGEL, *Islamic Law and the Legal System. Studies of Saudi Arabia,* Brill, Leiden, 2000.
[914] *Supra*, § 4.12.

che quel principio si impegnano a promuovere a livello internazionale. Tale antinomia può tuttavia trovare una composizione proprio sulla base dei presupposti teorici tipici del processo di assunzione in diritto internazionale di principi generali attinti dal diritto interno. In primo luogo l'esistenza e l'applicazione di quei principi negli ordinamenti della maggior parte degli Stati. Nel caso del principio di democrazia, questa fase di verifica dovrà appurare quale sia la determinazione concreta che la nozione astratta di democrazia trova nei diversi ordinamenti che si richiamano a principi di ordine democratico. In secondo luogo, una volta determinato in cosa consista un nucleo comune ai diversi ordinamenti in cui si possa riconoscere il principio di democrazia, dovrà esserne verificata la reale possibilità di trasposizione in diritto internazionale, contestualmente, se del caso, all'adattamento del principio di diritto interno alla struttura e alla logica del diritto internazionale. Su questo punto è in qualche misura utile richiamare la già segnalata posizione espressa dalla Corte internazionale di giustizia nel parere consultivo sullo Statuto internazionale del Sud-Ovest africano, in merito al significato dell'istituto del mandato in diritto internazionale, in rapporto al significato dell'istituto con eguale nome presente in molti ordinamenti di diritto interno[915]. E ciò per chiarire che il principio di democrazia così com'è inteso in talune tradizioni giuridiche, potrebbe di fatto non corrispondere pienamente al nominalmente analogo principio di diritto internazionale, ammesso che siano verificate le condizioni affinché tale principio possa essere assunto in diritto internazionale.

Gli Stati che per il tramite di uno strumento di ordine internazionale si impegnano a promuovere o a favorire il principio di democrazia sul piano internazionale, sono ventotto nel caso dell'Unione Europea e cinquantasette nel caso dell'OCI. Pur essendo meno della metà degli Stati membri delle Nazioni Unite, rappresentano comunque un numero considerevole di Stati che sono diversamente caratterizzati per i sistemi giuridici di diritto interno e non si può peraltro escludere che, al di fuori di questi, altri Stati che si reputino democratici dal punto di vista del diritto interno, non ritengano necessario il principio di democrazia anche sul piano del diritto internazionale. Va tuttavia considerato, proprio ai fini della definizione di un principio di democrazia in diritto internazionale, quello che, da una prospettiva squisitamente occidentale W. Michael Reisman ha definito "Trotskyismo democratico" in riferimento ad una certa

[915] *Statut international du Sud-Ouest africain*, *Avis consultatif : C.I.J. Recueil* 1950, p. 132 ; *Supra*, nota 111.

tendenza ad esportare modelli governativi che possono rivelarsi non perfettamente compatibili con la cultura politica cui sarebbero destinati. Il "Trotskyismo democratico", secondo Reisman, ignorerebbe la forza del nazionalismo, della cultura, della religione, del linguaggio e di altri significativi elementi che concorrono alla formazione di un'identità politica[916] e ciò per dire che quando il principio democratico di matrice occidentale viene proiettato sul piano internazionale può scontrarsi con concezioni dello stesso principio, nominalmente identiche, ma che, come si evidenzia nella Carta dell'OCI, esigono evidentemente una diversa interpretazione rispetto all'ermeneutica politica e giuridica sviluppatasi in Occidente a partire dalla Grecia classica[917].

Passiamo ora a considerare lo Statuto della Corte islamica internazionale di giustizia, Corte prevista tra gli organi dell'OCI ai sensi dell'articolo 5 della Carta. L'articolo 14 stabilisce che la Corte islamica internazionale di giustizia, istituita in Kuwait nel 1987, diverrà il principale organo giudiziario dell'Organizzazione, a partire dalla data di entrata in vigore del suo statuto[918]. La Carta dell'Organizzazione della Conferenza islamica del 1972, non contemplava una Corte tra gli organi dell'Organizzazione. Nel corso del terzo Vertice della Conferenza islamica tenutosi a Mecca nel gennaio 1981, l'Organizzazione «*SOUHAITANT voir l'avènement du nouveau Siècle de l'Hégire coïncider avec la création d'une "Cour Islamique de Justice" qui puisse jouer un rôle d'arbitre, de juge et médiateur en cas de différends éventuels entre pays islamiques*», decideva di approvare la creazione di una Corte Islamica di giustizia e di convocare una riunione di esperti degli Stati membri al fine di elaborarne lo Statuto[919]. Il Progetto di Statuto della Corte islamica internazionale di giustizia che ha giurisdizione su base

---

[916] W. M. REISMAN, *The Manley O. Hudson Lecture: Why Regime Change Is (Almost Always) a Bad Idea*, in: AJIL, Vol. 98, n. 3 (Jul., 2004), pp. 522-523. È di interesse il discorso tenuto dal Presidente degli Stati Uniti George Bush il 7 ottobre 2002 a Cincinnati, Ohio, in cui venivano esposte le ragioni in base alle quale si giustificava quello che sarebbe stato il successivo intervento militare statunitense in Iraq. Nella fase conclusiva del Discorso Bush afferma che "*If military action is necessary, the United States and our allies will help the Iraqi people rebuild their economy, and create the institutions of liberty in a unified Iraq at peace with its neighbors*", si veda:
http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2002/10/20021007-8.html.

[917] N-E. GHOZALI, *L'introuvable bonne gouvernance démocratique dans les pays du Maghreb : le déni de liberté*, in : Y. BENACHOUR, J-R. HENRY, R. MEHDI (réunis par), *Le débat juridique au Maghreb. De l'étatisme à l'État de droit. Étude en l'honneur de Ahmed Mahiou*, pp. 260-271.

[918] Ai sensi dell'articolo 38 della Carta, lingue dell'organizzazione sono l'Arabo, l'Inglese e il Francese. Dobbiamo rilevare che il testo in Inglese dell'articolo 14 parla di "statuto", come il testo in Arabo (*niḍām*), mentre il testo in Francese di "statuti".

[919] OCI, Troisième conférence islamique au Sommet, Mecca al Mokarramah 19-22 Rabi al-Awal 1401 h. 25-28 janvier 1981, *Résolution no. 11/3-P (IS) sur la création d'une Cour Islamique de Justice*.

volontaria, è stato adottato nel corso del quinto vertice della Conferenza islamica tenutosi in Kuwait nel 1987[920]. Nella medesima risoluzione si decideva di aggiungere un nuovo paragrafo all'articolo 3 della Carta allora vigente, in base al quale «*La Cour Islamique Internationale de Justice accomplira ses tâches selon les statuts annexés à la présente Charte, qui en constituent un additif*»[921]. Nella risoluzione con cui è stata istituita la Corte si esprimeva il desiderio di creare un organo giudiziario principale per la risoluzione delle controversie in conformità alle disposizione della Shari'a islamica e delle norme del diritto internazionale pubblico, al fine di migliorare e consolidare le relazioni fraterne (tra gli Stati membri). Nonostante gli Organi dell'Organizzazione abbiano nel tempo invitato gli Stati a ratificare lo Statuto della Corte[922], lo Statuto ancora non è entrato in vigore. Ai sensi dell'articolo 49 dello stesso per l'entrata in vigore è previsto un numero di ratifiche pari a quello che l'articolo XI della Carta allora vigente prevedeva per emendare la Carta, ovvero i due terzi degli Stati membri, che è la stessa maggioranza richiesta per lo stesso scopo dall'articolo 36 dell'attuale Carta.

Prima di entrare nel dettaglio dello Statuto della Corte, giova segnalare che l'articolo 50, dopo aver affermato che lo Statuto è stato scritto nelle tre lingue ufficiali dell'Organizzazione, che fanno tutte ugualmente fede, in caso di differenze in merito all'interpretazione o all'applicazione, sarà il testo in Arabo a prevalere. L'articolo 28 a) dispone che l'Arabo, lingua del Sacro Corano, sia la prima lingua ufficiale della Corte, insieme all'Inglese e al Francese. Su richiesta di una delle parti la Corte potrà autorizzare l'impiego di una lingua diversa da quelle ufficiali, mentre le decisioni della Corte sono redatte nelle tre lingue ufficiali (art. 28 b) e c)).

Vi sono degli elementi di originalità nello Statuto della Corte islamica internazionale di giustizia che meritano di essere evidenziati, al di là dell'interesse più immediato sul diritto applicabile nel quale sono contemplati, come vedremo, anche i principi generali di diritto.

---

[920] In Inglese: OIC, ICJ/2-86/D.1 (FINAL), *Statute of the International Islamic Court of Justice*, Kuwait, 29 January 1987-29 Jamad ul Oula 1407 H; in Francese: OCI, IICJ/2-86/D.1 (FINAL), *Statut de la Cour Islamique Internationale de Justice*, Koweit le 29 Joumad Al-Oula, 1407 H (29 Janvier, 1987); in Arabo: non è riportato un identificativo del documento ma solo *al-nuskha al-aṣlīa*, ossia "copia originale" e non sono inseriti luogo e data.

[921] OCI, Cinquième Conférence Islamique au Sommet tenue a Koweit État du Koweit, 26 au 29 Joumada al-Oula 1407 h, 26 au 29 janvier 1987, *Résolution n° 13/5 P (IS) sur la création de la Cour Islamique Internationale de Justice*.

[922] Si veda ad esempio: OCI, La trente cinquième session du Conseil des Ministres des Affaires étrangères (Session de la Prospérité et du Développement), tenue à Kampala - République d'Ouganda du 14 au 16 Joumada Athania 1429h (18-20 juin 2008), *Résolution n°1/35-LEG sur la Cour Islamique Internationale de Justice et la coopération judiciaire entre les États islamiques*.

L'articolo 1, che rientra nel titolo dedicato all'istituzione e alla sede della Corte, stabilisce che la Corte islamica internazionale di giustizia sia il principale organo giudiziario dell'OCI, che essa si fondi sulla Shariʿa Islamica e funzioni in modo indipendente, in conformità alle previsioni della Carta dell'OCI e dello Statuto. L'organo si compone di sette membri (art. 3 a)), designati tra i musulmani cittadini di Stati membri dell'Organizzazione che posseggano un'alta levatura morale e scelti tra i più autorevoli giuristi della Shariʿa, esperti in diritto internazionale (art.4). Al momento dell'elezione del Presidente e dei membri della Corte dovrà altresì essere presa in considerazione la ripartizione regionale e linguistica degli Stati membri (art. 5 e)).

Potremmo osservare che forse non è frequente che un non musulmano possa avere grande competenza nel diritto islamico, tuttavia va rilevato l'elemento primo della confessionalità quale criterio nella scelta dei giudici, laddove vi sono Stati membri dell'OCI la cui base sociale non è composta di soli musulmani. L'articolo 9 stabilisce tuttavia che ogni giudice, nel corso della prima udienza pubblica, debba prestare il seguente giuramento: "Giuro in nome di Dio il Potente di non temere che l'Altissimo nel compimento dei miei doveri, di agire con imparzialità in conformità con la Shariʿa Islamica e i Principi dell'Islam e di rispettare le disposizioni del presente Statuto e della Carta dell'Organizzazione della Conferenza Islamica". È chiaro che un simile giuramento non potrebbe essere pronunciato da un non musulmano.

Solo gli Stati membri dell'OCI hanno titolo per comparire innanzi alla Corte (art. 21 a)). Altri Stati potranno adire la Corte sulla base delle condizioni stabilite dalla Conferenza dei Ministri degli Affari Esteri, posto che sia accettata la giurisdizione della Corte e previa dichiarazione di riconoscerne le decisioni come obbligatorie (art. 21 b)).

La competenza contenziosa[923] della Corte si estende all'interpretazione dei trattati sia bilaterali che multilaterali e ad ogni questione di diritto internazionale (art. 25 c) e d)). Posto che ai sensi dell'articolo 38 le decisioni della Corte sono vincolanti solo per le parti in causa e limitatamente al caso discusso, la giurisprudenza della Corte potrebbe introdurre dei criteri interpretativi orientati in senso islamico sul disposto di trattati multilaterali di cui non siano parte solamente gli Stati membri dell'OCI. Di questi

[923] Ai sensi dell'articolo 42 dello Statuto la Corte ha una competenza consultiva e può formulare dei pareri su questioni giuridiche che non riguardino un caso del quale sia già stata adita. La competenza a richiedere un parere consultivo è conferita ad ogni organo che ne sia autorizzato dalla Conferenza Islamica dei Ministri degli affari esteri.

ultimi, trentuno sono parte della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati[924], ma lo stesso articolo 31.1 della Convenzione che recita: "*A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose*" potrebbe ricevere un'interpretazione culturalmente orientata sulla base del diritto che la Corte, come vedremo, è chiamata ad applicare. La questione parrebbe porsi in modo più stringente per quanto attiene ai trattati sui diritti umani, con la conseguenza, sin qui ipotetica, che trattati a vocazione universale possano ricevere, non solo di fatto, ma anche di diritto, un'interpretazione e un'applicazione che sia ritenuta in sintonia con il corpo del diritto shariatico.

Un altro elemento significativo che interessa la competenza della Corte è legato alla possibilità prevista dall'articolo 26 a) dello Statuto, dell'accettazione obbligatoria della giurisdizione della Corte da parte degli Stati membri, per ogni controversia di carattere giuridico che possa intervenire tra loro. La natura della controversia può interessare l'interpretazione dei principi della Shariʿa islamica e dei trattati internazionali, nonché questioni di diritto internazionale. Un organo costituito sulla base del diritto internazionale, ha dunque competenza a giudicare su questioni che potremmo definire di carattere giuridico-religioso. Nonostante la controversia non possa che opporre degli Stati, la Shariʿa islamica ha portata diversa e per molti aspetti più vasta rispetto a ciò che normalmente chiamiamo diritto internazionale. Ragionando dal punto di vista del diritto islamico ci troveremmo di fronte a un'istituzione sovraordinata col potere di decidere quale sia la corretta interpretazione della shariʿa su un determinato punto di diritto. Dato che l'Islam tradizionalmente non conosce autorità sovraordinate o "chiese", ma eventualmente scuole giuridiche con un'ermeneutica di riferimento storicamente consolidata, il potere conferito alla Corte, nella sua dimensione unificante, si configurerebbe come una novità assoluta, senza tacere del fatto che l'orientamento più o meno tradizionalista o progressista in senso islamico dei singoli giudici, potrebbe condurre a degli esiti con una valenza politica oltre che giuridica.

L'evidente sovrapposizione tra diritto internazionale e diritto islamico sin qui emersa, è resa manifesta dalle disposizioni sul diritto applicabile dalla Corte previste dall'articolo 27 dello Statuto, in merito alle quali vanno segnalate delle palesi

[924]https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII~1&chapter=23&Temp=mtdsg3&lang=en. Ultima consultazione ottobre 2015.

divergenze che si riscontrano tra il testo in Francese e il testo in Inglese. In un simile caso, come abbiamo visto, è il testo in Arabo ad essere risolutivo. L'articolo 27 prevede dunque che: a) la shari'a islamica è la fonte principale per le decisioni della Corte; b) la Corte si ispira al diritto internazionale e agli accordi internazionali bilaterali o multilaterali o alle consuetudini internazionali o ai principi generali di diritto o alla giurisprudenza delle Corti internazionali o alla dottrina degli autori più competenti nel diritto internazionale dei vari Paesi.

Se il secondo comma – salvo qualche differenza tra cui l'uso della congiunzione "o" che scompare nelle versioni in Inglese e Francese del testo – ripete sostanzialmente nell'ordine le previsioni dell'articolo 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, il primo, ponendo la shari'a islamica quale fonte prima per le decisioni della Corte, introduce un assoluto elemento di novità in diritto internazionale, di fronte al quale ogni considerazione sul contributo del diritto di matrice islamica ai principi generali di diritto potrebbe apparire superflua. Formalmente però, le questioni teoriche relative ai principi generali restano intatte. Se, rispetto alla formulazione dell'articolo 38 della Corte internazionale di giustizia, qui non è specificato che i principi generali debbano essere "riconosciuti dalle nazioni civili", il fatto che non vi sia ulteriore e diversa specificazione che eventualmente, dato il contesto, avrebbe potuto circoscrivere i principi generali ai principi riconosciuti dagli Stati islamici, non può che portare alla conclusione che si tratti dei principi generali di diritto rilevabili a partire dagli ordinamenti interni degli Stati, di tutti gli Stati. La Corte islamica internazionale di giustizia, dati i requisiti richiesti ai giudici che la compongono, parrebbe perciò essere la Corte internazionale che più agevolmente potrebbe affrontare il processo di indagine sui principi generali di diritto dei sistemi giuridici statuali che si richiamino alla tradizione islamica e includere quindi tale tradizione giuridica nell'elaborazione dei principi generali in diritto internazionale. Tuttavia c'è da chiedersi perché una Corte che debba fondare i suoi giudizi *in primis* sulla shari'a islamica, dovrebbe, qualora reputasse di dover ricorrere ai principi generali di diritto – quale fonte di ispirazione, perché tale è – considerare anche i principi di diritto islamico: a questi può ricorrere sempre fondandosi sul primo comma dell'articolo 27. Il sincretismo giuridico che emana dal disposto dell'articolo 27, e per molti aspetti dal tenore complessivo dello Statuto della Corte, non è compatibile, al di là delle singole posizioni dottrinali, con le tradizionali analisi sui rapporti tra le fonti di diritto internazionale, per il semplice fatto che è introdotta una

fonte non "canonica" superiore a tutte le altre, le quali, attenendoci al testo in Arabo dello Statuto, possono essere considerate in modo alternativo. Se quest'ultimo aspetto parrebbe in qualche misura inficiare la funzione integrativa di norma attribuita ai principi generali, il quadro generale che esprime in modo chiaro quale debba essere il rapporto gerarchico tra diritto shariatico e diritto che nell'insieme possiamo definire diritto positivo, qui anche nella sua accezione di diritto laico, può portare all'apparente paradosso che sia proprio la Corte islamica internazionale di giustizia a non includere il diritto di matrice islamica nell'elaborazione dei principi generali, e a ricorrere a un'elaborazione dei principi generali che per semplificare definiamo "di più antica memoria", fatta salva la considerazione del diritto degli Stati che conoscano tradizioni giuridiche diverse da quelle di diritto islamico, *common law* e *civil law*.

In prima approssimazione si può ipotizzare che il coordinamento tra le fonti indicate dallo Statuto possa darsi come avviene in quegli ordinamenti interni che pongono all'apice delle fonti di diritto la shariʿa islamica, ovvero seguendo il tradizionale bilanciamento *fiqh-siyāsa*[925] che comporta che il diritto compreso nel secondo termine non possa essere in contrasto con il primo. Resta tuttavia la fondamentale differenza tra la base sociale del diritto internazionale e del diritto interno.

Nella sentenza arbitrale Eritrea e Yemen del 1998[926], il Tribunale osservava che i classici concetti di diritto islamico, ignoravano il principio di sovranità territoriale così come si era sviluppato tra potenze europee, divenendo uno dei caratteri fondamentali del diritto internazionale occidentale nel XIX secolo, e che l'Impero Ottomano «*started after the end of the Crimean War in 1856 to abandon the communal aspects of the Islamic system of international law and to adopt the modern rules prevailing among the European concert of nations*»[927]. Il principio di sovranità territoriale infatti non è affatto ignorato dalla stessa Carta dell'OCI che lo afferma sia nel preambolo[928] che nell'enunciazione degli obiettivi che l'Organizzazione si pone[929]. La shariʿa islamica è

---

[925] A. QURAISHI, *The Separation of Powers in the Tradition of Muslim Governments*, in: *Constitutionalism in Islamic Countries*, *cit*., p. 67; J-P. CHARNAY, *Esprit du droit musulman*, *cit*, pp. 29-32.

[926] *Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute (Eritrea and Yemen*), 9 October 1998, UN, *Reports of international arbitral awards*, Vol. XXII, 2006, pp. 209-332.

[927] *Ivi*, paragrafi 130-131.

[928] Gli Stati membri dell'OCI sono determinati a «*À respecter, à sauvegarder et à défendre la souveraineté nationale, l'indépendance et l'intégrité territoriale de tous les Etats membres*».

[929] Articolo 1.3: «*Respecter le droit à l'autodétermination et la non-ingérence dans les affaires intérieures et respecter la souveraineté, l'indépendance et l'intégrité territoriale de chaque Etat membre*» ; articolo 1.4 : «*Soutenir la restauration de la souveraineté complète et l'intégrité territoriale d'un Etat*

un diritto che nonostante contempli degli istituti assimilabili a taluni istituti previsti dal diritto internazionale[930], non è per sua natura un diritto di e tra Stati. Aver posto la shariʿa islamica quale fonte prima cui deve attingere la Corte islamica internazionale di giustizia potrebbe dunque avere un significato regressivo, nel senso di un ritorno a quegli istituti che nel diritto islamico regolavano non tanto i rapporti tra Stati, ma le relazioni che i potentati islamici avevano con l'esterno. Nel Preambolo della Carta dell'Organizzazione è tuttavia affermato che gli Stati membri aderiscono ai principi della Carta delle Nazioni Unite e ai principi del diritto internazionale, per cui tale ipotesi appare improbabile; plausibile però se invece essa si accompagnasse alla riapertura della porta dell'*ijtihād* estrapolando attraverso lo sforzo razionale sulle fonti, dei principi di diritto islamico che siano in sintonia con la contemporaneità delle relazioni internazionali. Una simile possibilità non è però definita nello Statuto della Corte e implicherebbe comunque l'assunzione da parte del giudice internazionale del ruolo di legislatore, termine che qui impieghiamo nell'accezione con cui viene comunemente inteso nella tradizione giuridica occidentale. Qualunque sia la strada che la Corte vorrà seguire, se e quando entrerà in funzione, resta tuttavia una questione di fondo: quella della certezza del diritto. Se le classiche fonti di diritto internazionale sono definite nel loro ordine e perciò conoscibili anche dalle parti di un'eventuale controversia, quali siano i principi della shariʿa islamica che la Corte potrà e vorrà applicare non è dato saperlo. Rimane perciò un'ulteriore ipotesi da accreditare, ovverosia quella dell'affermazione e della rivendicazione, per il tramite delle disposizioni dello Statuto della Corte, di un'identità culturale e giuridica che si differenzi da quella occidentale. Formalizzata la supremazia della shariʿa islamica infatti la Corte potrà ispirarsi alle più "familiari" fonti di diritto internazionale.

Abbandoniamo ora l'Organizzazione di cooperazione islamica, ma rimaniamo in un area culturalmente affine, con una più precisa caratterizzazione su base regionale. Ci riferiamo al sistema per la protezione dei diritti umani costituito dalla Lega degli Stati arabi[931], su cui ci soffermeremo brevemente. Qui, chiariamo subito, non vengono in rilievo i principi generali, ma si ritiene utile segnalare un orientamento sul piano istituzionale che di fatto, anche in tal caso, marca una specificità culturale e giuridica la

membre sous occupation étrangère par suite d'une agression, sur la base du Droit International et de la coopération avec les organisations internationales et régionales compétentes».

[930] A. RECHID, *L'Islam et le droit de gens*, RCADI, *cit*..

[931] http://www.lasportal.org/ar/humanrights/Pages/default.aspx (in Arabo). Ultima consultazione ottobre 2015.

quale, per taluni aspetti, si discosta dalla dottrina sui diritti umani sancita sul piano universale dal sistema dei trattati promossi dall'Organizzazione delle Nazioni Unite[932]. Nel maggio del 2004, nel corso del 16° Vertice della Lega degli Stati arabi svoltosi a Tunisi, è stata adottata la Carta araba dei diritti dell'uomo, entrata in vigore il 15 marzo 2008[933]. Data la debolezza dei meccanismi di attuazione previsti dalla Carta, che si sostanziano nella costituzione di una Commissione araba dei diritti umani alla quale gli Stati devono sottoporre dei rapporti (articoli 45 e 48), su iniziale proposta del Bahrein[934], il Consiglio della Lega degli Stati arabi ha adottato il 7 settembre 2014 lo Statuto della Corte araba dei diritti dell'uomo[935], il cui articolo 2 prevede che "*Within the framework of the League of Arab States, an Arab Court of Human Rights shall be established as an independent Arab judicial body that aims at consolidating the State Parties' will in implementing their obligations regarding human rights and his freedoms; its composition, jurisdiction and method of work shall be governed by the Statute and the Rules of Court*". La giurisdizione della Corte è definita dall'articolo 16.1 secondo cui "*The Court shall have jurisdiction over all cases and litigation arising from the application and interpretation of the Arab Charter on Human Rights or any other Arab treaty in the field of human rights to which the disputing States are party*"[936]. Sin qui non esistono altri trattati tra Stati arabi in materia di diritti umani, al di fuori della Carta araba sui diritti umani[937]. Va osservato infine che nove degli Stati membri della Lega degli Stati arabi sono membri anche dell'Unione africana e tra questi, cinque (Algeria, Comore, Libia, Mauritania e Tunisia), hanno ratificato il Protocollo con cui è stata istituita la Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli. In prospettiva dunque

[932] M.Y. MATTAR, *Article 43 of the Arab Charter on Human Rights: Reconciling National, Regional and International Standard*, in: *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 26, Issue 1, 2013, pp. 91-147.
[933] M.A. AL-MIDANI, M. CABANETTES (trans. by), S.M. AKRAM (rev. by), *Arab Charter on Human Rights 2004*, *cit*.. Per la versione in lingua originale: http://www.lasportal.org/ar/humanrights/Committee/Pages/CommitteeCharter.aspx. Ultima consultazione ottobre 2015.
[934] Memorandum del Rappresentante del Regno del Bahrain, N. 38 del 15.01.2012, sull'istituzione di una Corte araba dei diritti umani.
[935] *Resolution 7990 of the Ministerial Council of the LAS, 7 September 2014*. L'articolo 19 del Patto della Lega degli Stati arabi prospettava la creazione di una Corte araba di Giustizia, che non è però mai stata istituita.
[936] La traduzione non ufficiale in lingua inglese del testo dello Statuto è consultabile in: *The Arab Court on Human Rights: A Flawed Statute for an Ineffective Court*, International Commission of Jurists, Geneva, 2015, pp. 35-42.
[937] A.M. EL DEMERY, *The Arab Charter of Human Rights: A Voice for Sharia in the Modern World*, Council on International Law and Politics, Chicago, 2015.

tali Stati potranno partecipare sia del sistema africano dei diritti dell'uomo che del sistema arabo.

.