

ANNO LXVIII - 2001/02

NUOVA SERIE A - N. 53,1

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

STVDI VRBINATI

Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche

INDICE-SOMMARIO del fascicolo 1

MARIA GABRIELLA CARIA, *Le institutiones iuris canonici di Giovan Paolo Lancellotti (1522-1590): Status quaestionis e nuove ricerche in corso*, 5

ANNA MARIA DEL VECCHIO, *Orientamenti e tendenze in tema di soluzione delle controversie internazionali (alla luce dei principi di tutela dei diritti umani fondamentali)*, 39

EDUARDO ROZO ACUÑA, *La globalización y el moderno estado de derecho (con especial referencia a Latinoamérica)*, 85

Direttore responsabile: GIOVANNI BATTISTA BOGLIOLO

Comitato scientifico: GIACINTO DELLA CANANEA, ANGELO DONDI, CARLO FANTAPIE', GIUSEPPE GILBERTI, REGINALD GREGOIRE, MASSIMILIANO GUDERZO, ANNAMARIA LUSARDI, LUIGI MARI, RICCARDO MAZZONI, LUCIO MONACO, PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA, VITTORIO PARLATO, EDUARDO ROZO ACUÑA, CHIARA TENELLA SILLANI

Redazione: MARCO CANGIOTTI, ANNA MARIA GIOMARO

Direzione e redazione: Facoltà di Giurisprudenza, Via Matteotti 1, 61029 Urbino Tel. 0722 3031

Autorizzazione presso il Tribunale di Urbino del 22 settembre 1950 n. 24

La pubblicazione della rivista ha avuto inizio dal 1927

Stampa: Arti Grafiche Editoriali Srl, Urbino

ANNO LXVIII - 2001/02

NUOVA SERIE A - N. 53,1

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

MARIA GABRIELLA CARIA

Le Institutiones Iuris Canonici di Giovan Paolo Lancellotti (1522-1590): status quaestionis e nuove ricerche in corso

ABSTRACT

Nel presente lavoro, l'autrice intende fare il punto sulle ricerche che fino ad oggi sono state condotte sul canonista perugino Giovan Paolo Lancellotti (1522-1590) e individuare le piste fondamentali per una più approfondita ricerca sull'autore e sulla sua opera più importante, le *Institutiones Iuris Canonici* (Perugia, 1563).

Giureconsulto di chiara fama, che ha apportato notevole lustro allo Studio perugino al punto di godere di grande stima anche negli ambienti romani della Curia papale, il Lancellotti apparteneva a quella schiera di giuristi che, pur non rinnegando la tradizione del *mos docendi italicus*, guardavano però con notevole interesse alle provocazioni culturali provenienti d'Oltralpe, fino a dividerne le istanze.

La singolarità delle *Institutiones Iuris Canonici*, attraverso le quali il Lancellotti ha riversato nello schema classico delle Istituzioni giustinianee l'intero diritto canonico, viene messa in rilievo maggiormente dalla comparazione operata con un altro manuale, edito nello stesso anno a Venezia ad opera di Marco Antonio Cucchi, professore a Pavia, che pur recando il medesimo titolo, non presenta, tuttavia, lo stesso rigore sistematico.

L'importanza della sistemazione del diritto canonico operata dal Lancellotti è sottolineata dalla lunga tradizione del "metodo istituzionale" e dalla sua utilizzazione nella sostanza da parte dei compilatori del *Codex Iuris Canonici* del 1917.

MARIA GABRIELLA CARIA

LE INSTITUTIONES IURIS CANONICI
DI GIOVAN PAOLO LANCELOTTI (1522-1590):
STATUS QUAESTIONIS E NUOVE RICERCHE IN CORSO

SOMMARIO

1) *Cenni biografici*; 2) *Gli studi presso l'Ateneo perugino*; 3) *Tracce fondamentali per una lettura della "Institutiones Iuris Canonici"*; 4) *La comparazione con le "Institutiones Iuris Canonici" di Marco Antonio Cucchi. Appendice 1. Appendice 2.*

Riccardo Orestano, in un saggio pubblicato nel 1966, sottolineava che l'esplorazione seppur recente delle dottrine giuridiche del XVI secolo aveva fatto scorgere quali fondamentali contributi al pensiero moderno abbiano apportato "quei giuristi umanisti che un'affrettata ed esteriore valutazione presentava, secondo un ben noto *cliché*, come meri filologi, unicamente nostalgici di un classicismo antiquario"¹. Lamentava anche che la particolare attenzione degli storici riservata al medio evo avesse finito per lasciare in ombra il XVI secolo come "secolo di giganti del pensiero giuridico", poiché "tali furono molti degli uomini che seppero rinnovare dal fondo le premesse ideologiche e dottrinali di una scienza giuridica la quale, se nei secoli precedenti aveva raggiunto vette altissime, sembrava che allora venisse cristallizzandosi e isterilendosi in uno schematismo sempre più rigido"².

Fra questi "giganti" poco conosciuti certo si può annoverare il giureconsulto Giovan Paolo Lancellotti il quale, con la sua attività scientifica, contribuì a dare inizio ad un vero e proprio rinnovamento della scienza canonistica. Le sue *Institutiones Iuris Canonici*, infatti, hanno inaugurato nell'insegnamento del diritto canonico un nuovo genere letterario (il cosiddetto metodo delle istituzioni) che, fino alla codificazione pio-benedettina, ha conquistato un posto di tutto rilievo e

¹ R. ORESTANO, *Diritto e Storia nel pensiero giuridico del secolo XVI*, in *La storia del diritto nel quadro delle Scienze Storiche, Atti del primo congresso internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto*, Firenze, 1966, pp. 389-415; la citazione è tratta da p. 390.

² *Ibidem.*

si è imposto come alternativa, metodologica e sistematica, alla classica divisione in cinque libri consacrata nelle Decretali di Gregorio IX (il cosiddetto metodo legale).

Nei secoli XVII e XVIII, infatti, il modello del Lancellotti fu adottato da molti canonisti, i quali lo perfezionarono e lo aggiornarono³. Basti ricordare la *Summa juris canonici in IV institutionum libros contracta* di Heinrich Kanijs, fratello del celebre Peter, del 1594, le *Institution au droit ecclésiastique* di Claude Fleury del 1676, le *Institutiones juris ecclesiastici* di Carlo Berardi del 1769, e le fortunatissime *Institutiones canonicarum libri IV* di Giovanni Devoti, la cui prima edizione risale al 1785⁴.

Anche durante il secolo XIX, negli anni in cui si assiste all'affermazione del *Jus publicum ecclesiasticum*, all'imporsi delle codificazioni statuali nell'Europa continentale, alla critica della Scuola Storica del Diritto alle vecchie formule didattiche, allo sforzo degli studiosi tedeschi di costruire il "sistema", il metodo del Lancellotti viene proseguito dalla Scuola canonistica romana e in particolare dai docenti del Seminario dell'Apollinare di Roma⁵. Non a caso la suddivisione del Lancellotti ottiene un solenne riconoscimento, seppur indiretto, con la sua utilizzazione da parte dei compilatori del *Codex Iuris Canonici* del 1917⁶. Esso, infatti, pur conservando esteriormente la divisione in cin-

³ Sul metodo istituzionale cfr. F. LAURIN, *Introductio in Corpus juris canonici*, Friburgi Brisgoviae et Vindobonae, 1889, pp. 227 ss.; F.X. WERNZ, *Ius Decretalium*, I, Romae, 1905, pp. 1 ss.; B. LIJDSMAN, *Introductio in Jus Canonicum*, Hilversum, 1924, p. 25 ss.; A. STICKLER, *Historia Iuris Canonici Latini*, Augustae Taurinorum, 1950, p. 366.

⁴ J.F. VON SCHULTE, *Heinrich Canisius*, in *Die Geschichte der Quellen und Literatur des Canonischen Rechts*, III/1, Graz, 1956, pp. 130-131; Claude Fleury, *ibidem*, pp. 628-629; Carlo Sebastiano Berardi, *ibidem*, p. 524; Giovanni Devoti, *ibidem*, pp. 528-529.

⁵ Anche il De Camillis, che tenta di distaccarsi dal metodo istituzionale adottando una diversa sistematica razionale, a ben vedere vi riesce solo parzialmente. Egli, infatti, continua a premettere la "*Logica Institutionum*" alla tripartizione del Lancellotti. C. FANTAPPIÈ, *Introduzione storica al diritto canonico*, Bologna, 1999, pp. 241-242.

⁶ Noto è il dibattito che si è svolto circa l'opportunità di una codificazione delle norme canoniche; in particolare circa la veste che avrebbe dovuto avere la raccolta di queste norme: una compilazione o un codice? Come attesta la storia, evidentemente l'ipotesi codicistica ebbe miglior fortuna, posto che essa si inseriva più facilmente in un contesto culturale che sul piano del diritto spingeva più fortemente verso questa soluzione anche nel campo canonistico. Sull'argomento cfr. M. FALCO, *Introduzione allo studio del "Codex Iuris Canonici"*, a cura di G. FELICIANI, Bologna, 1992; C. FAN-

que libri al pari delle Collezioni di Decretali, nella sostanza mostra piuttosto di aver seguito l'ordine della materia dato dalle *Institutiones Iuris Canonici* del Lancellotti⁷.

Questi brevi ragguagli confortano l'ipotesi che la divisione del Lancellotti non ebbe solo scopo didattico, ma anche e soprattutto scopo sistematico, e che la suddivisione in *personae*, *res* e *judicia* svolse un ruolo particolarmente importante per lo sviluppo della metodologia e della didattica del diritto canonico.

L'importanza rivestita dalla sua opera nel corso di ben quattro secoli (dalla conclusione del Concilio di Trento all'inizio del Concilio Vaticano II) giustifica ampiamente la necessità di condurre indagini più approfondite sulla figura e sull'opera del giureconsulto perugino.

1. Cenni biografici

Inducono a perplessità ed incertezze già i pochi dati biografici sicuri riguardanti la persona del Lancellotti poiché di lui e delle sue relazioni le fonti attualmente note riescono a darci solo un quadro molto scarno.

Giovan Paolo Lancellotti nacque a Perugia nel 1522 da Lodovico, di cui nulla sappiamo⁸. La sua famiglia doveva essere di condizioni non molto agiate: egli, infatti, fu graziato di una parte della somma che avrebbe dovuto versare per sostenere l'esame di laurea⁹.

TAPPIÈ, *Introduzione* cit., pp. 252 ss. Chi volesse fare un parallelo con quanto avvenuto nei secoli precedenti, potrebbe, forse non a torto, dire che ancora una volta, anche di fronte a questo problema, sensibile è stata l'attrazione civilistica nel campo del diritto canonico. Segno evidente questo che le due discipline, malgrado il continuo distaccarsi dei rispettivi contenuti, hanno presentato sempre i medesimi problemi riguardo al metodo ed alla sistematica. Non a caso, dunque, si è data sempre una medesima soluzione ai problemi che dall'uno e dall'altro versante venivano in rilievo. A. STICKLER, *Historia* cit.

⁷ Cfr. M. FALCO, *Introduzione* cit., pp. 136 ss. La divisione in cinque libri, infatti, è stata ottenuta aggiungendo alla ripartizione della materia in *personae*, *res* (nelle quali sono stati fatti rientrare ancora una volta anche i sacramenti) e *judicia*, distribuita in quattro libri, un ulteriore libro contenente le norme generali. M. FALCO, *Introduzione* cit., pp. 123 ss.

⁸ G.B. VERMIGLIOLI, *Biografia degli scrittori perugini e notizie delle opere loro*, II, Perugia, 1828, pp. 40-41.

⁹ Come si ricava dallo Statuto dell'Università di Perugia del 1457, questa possibilità si poteva dare "solo per lo scolaro che si fosse trovato nell'impossibilità di soste-

Fin dalla prima giovinezza, si dedicò allo studio delle lettere, diletandosi nella composizione di poesie e sonetti¹⁰ e promuovendo anche la fondazione dell'Accademia degli Unisoni, di cui fece parte con il nome di "Smarrito".¹¹

Intorno al 1538 entrò come studente *in utroque iure* nell'Ateneo perugino e vi si laureò a pieni voti il 23 settembre 1546¹². Dal verbale di laurea si apprende che il Lancellotti ebbe come *promotores*, per il

nere l'onere finanziario degli esami solenni, previa istanza al collegio per esserne esonerato il quale, constatata la fondatezza della richiesta, gliene avrebbe senz'altro accordata dispensa". G. ERMINI, *Storia dell'Università di Perugia*, I, Firenze, 1971, p. 492.

¹⁰ G.B. VERMIGLIOLI, *Biografia* cit., p. 48.

¹¹ J.F. VON SCHULTE, *Giovanni Paolo Lancellotti*, in *Die Geschichte der Quellen* cit., III/1, pp. 451-453. Il Vermiglioli ritiene che il Lancellotti, oltre che di quella degli Unisoni, abbia fatto parte anche dell'Accademia degli Insensati, *Biografia* cit., p. 43. Sulle Accademie perugine del XVI secolo, cfr. C. CRISPOLTI, *Perugia Augusta*, Perugia, 1648, pp. 50-52.

¹² Il verbale di laurea annota che l'esame sostenuto dal Lancellotti ebbe inizio il 22 settembre, giorno in cui furono assegnati gli argomenti che il nostro giureconsulto avrebbe dovuto trattare, mentre la trattazione vera e propria di essi avvenne il 23 settembre, giorno nel quale lo stesso Lancellotti venne proclamato dottore in diritto civile e canonico. Riguardo agli argomenti assegnatigli nel verbale si legge: "...*Qui Reverendus dominus episcopus perusinus existens in supra dicto loco, auditis predictis ac audita petitione dictorum promotorum, eidem domino Paulo perusino sunt de mandato prefati episcopi assignata infrascripta puncta in utroque iure videlicet. C. jure debes. VII, questio prima* (si tratta del problema esaminato nel Decreto di Graziano circa la rinuncia al proprio diritto "*Suo iure quis cedere non debet*". *Decretum Gratiani*, c.8, C.VII, q.I). *C. consuluisti. In celebratione missarum* (riguarda il tema giuridico, ampiamente trattato dai canonisti, "*Necessitas non facit licitum quod alias est illicitum*". X, III, 41, 3). *L. nulla societas ff. Pro socio* (è il passo del Digesto "*Nulla societas in eternum coitio est*". Dig., XVII, 2, §71). *L. ea que pater. C. ex quibus causis infamia irrogetur* (attiene al tema dell'infamia "*Ex quibus causis infamia irrogatur*". Cost. 13, Cod., II, 12)". Il verbale, inoltre, registra anche l'eccellente comportamento del Lancellotti nel leggere e nel glossare, nell'interpretare, recitare ed esporre i punti che gli erano stati assegnati: "...*In Dei nomine intravit in uno quidem examine lectura et recitatione punctorum. Ita et taliter se gessit in legendo et declarando glossando interpretando recitando puncta sibi assignata et exponendo prius in jure canonico et deinde in civili nodosos et difficiles textus juris civilis et canonici, bene et eleganter ac magistraliter exponendo allegando ac notabilia colligendo ac dubiis respondendo docte et subtiliter et eleganter ac sufficienter faciendo, ab omnibus et singulis doctoribus dicte facultatis juris civilis et canonici in sufficienti numero congregatis fuit solemniter ac nemine discrepante obtempus primo in jure canonico et deinde civile per omnes litera in A redditus*".

diritto canonico: Filippo Baldeschi,¹³ a quel tempo uno dei migliori docenti di tale materia, che insegnò nell'Ateneo perugino dal 1526 al 1569; per il diritto civile: Arriguccio Arrigucci,¹⁴ il quale, verso il 1541 aveva fatto ritorno a Perugia dallo Studio di Padova, dove aveva tenuto lettura in concorrenza con Bartolomeo Socino; Guglielmo Pontano,¹⁵ che, salito alla cattedra, forse, nel 1511 per la lettura vespertina, passò presto a quella del mattino, fino al 1547; Giulio Oradini, il quale era ritornato a Perugia nel 1544 dopo esser stato dichiarato, per motivi politici, da Paolo III, ribelle alla Chiesa e bandito dallo Stato, per rimanervi fino al 1552, anno in cui fu nominato uditore della Rota Romana da Giulio III, lasciando definitivamente l'insegnamento nel 1562, quando fu eletto vescovo di Perugia;¹⁶ Ristoro Castaldi, il quale, dopo aver insegnato a Bologna e a Roma, sulla fine del 1541 si trasferì a Perugia dove rimase alla cattedra ordinaria del mattino, fino alla sua morte avvenuta nel 1564.¹⁷

Approvato all'unanimità e dichiarato dottore in diritto civile e canonico dal vescovo di Perugia Francesco Bernardino Simoneto, non più tardi del 1548, il Lancellotti ottenne la cattedra di diritto civile nello Studio perugino apportando ad esso notevole lustro tanto che, ancora vivo, concittadini e colleghi gli tributarono grandi onori.¹⁸

¹³ V. BINI, *Memorie Istoriche della perugina Univeristà degli Studij e dei suoi Professori*, Perugia, 1816, II, p. 419; A. MARIOTTI, *Saggio di memorie istoriche civili ed ecclesiastiche della città di Perugia e suo contado*, Perugia, 1806, p. 639; T. CUTURI, *Ruolo dei professori della facoltà di Giurisprudenza nell'Università di Perugia fino al sec. XIX*, in *Per una festa scientifica nell'Università di Perugia il 18 settembre 1890*, Perugia, 1891, p. 122; L. PELLINI, *Dell'istoria di Perugia*, III, Venezia, 1664, pp. 540, 687, 968, 1084.

¹⁴ A. OLDOINO, *Athenaeum augustum*, Perugia, 1678, pp. 31; C. CRISPOLTI, *Perugia Augusta* cit., p. 320; T. CUTURI, *Ruolo dei professori* cit., pp. 132-133.

¹⁵ A. OLDOINO, *Athenaeum augustum* cit., pp. 137-138; C. CRISPOLTI, *Perugia Augusta* cit., p. 335; A. MARIOTTI, *Saggio di memorie* cit., pp. 605 e 630; V. BINI, *Memorie Istoriche* cit., p. 419; T. CUTURI, *Ruolo dei professori* cit., pp. 121-122.

¹⁶ A. MARIOTTI, *De' perugini auditori della Sacra Rota Romana memorie istoriche*, Perugia, 1787, pp. 61-71; L. PELLINI, *Dell'istoria di Perugia* cit., p. 801; A. OLDOINO, *Athenaeum augustum* cit., pp. 198-199; V. BINI, *Memorie Istoriche* cit., p. 419; T. CUTURI, *Ruolo dei professori* cit., pp. 136-137.

¹⁷ A. OLDOINO, *Athenaeum Augustum* cit., pp. 293-294; V. BINI, *Memorie Istoriche* cit., p. 419; T. CUTURI, *Ruolo dei professori* cit., p. 137; A. MARIOTTI, *Saggio di memorie* cit., p. 613.

¹⁸ O. SCALVANTI, *Notizie e documenti inediti sulla vita di G.P. Lancellotti*, in *Annali dell'Università di Perugia*, IX (1899), p. 250. Il Vermiglioli, inoltre, ci narra anche

Lancellotti fu, tra l'altro, tra i giureconsulti cui il Collegio della Facoltà, nel 1579, affidò l'incarico di redigere il responso per la successione di Ranuccio Farnese al trono di Portogallo;¹⁹ anzi, con molta probabilità ne fu l'estensore. Nel documento originario del responso, di cui si conserva copia nell'Archivio universitario di Perugia, appaiono delle correzioni che, a detta dello Scalvanti, sembrano essere di sua mano.²⁰

Riguardo all'anno di morte, gli studiosi sono incerti. L'Oldoino la colloca o nel 1589 o nel 1590 o nel 1591;²¹ il Vermiglioli e il Bini, a loro volta, ritengono che sia morto il 23 settembre 1590,²² mentre il Modestini la assegna all'anno 1592.²³

Sulla base delle indicazioni che provengono dai verbali dell'Archivio Universitario di Perugia, lo Scalvanti ritiene tutti in errore e afferma che il Lancellotti sarebbe morto il 23 novembre 1590.²⁴

che il Lancellotti sposò Marietta Alfani (forse congiunta di quel Bernardino Alfani di cui, nel 1570, egli rivide la *Collectanea*) da cui ebbe più figli. Fra questi in particolare è da ricordare Francesco il quale, nato nel 1573, e laureatosi nel 1596, lesse diritto a Perugia e Pisa dimostrando di essere buon seguace delle tradizioni paterne. G.B. VERMIGLIOLI, *Biografia* cit., p. 44.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ O. SCALVANTI, *Notizie* cit., p. 250.

²¹ A. OLDOINO, *Athenaeum Augustum* cit., p. 184.

²² G.B. VERMIGLIOLI, *Biografia* cit., p. 45; O. SCALVANTI, *Notizie* cit., pp. 253-254.

²³ G.M. MODESTINI, *Descrizione della Chiesa di S. Francesco de' PP. Minori Conventuali della Città di Perugia*, Perugia, 1787, p. 58.

²⁴ Dai verbali dell'Archivio Universitario di Perugia risulta che nel 1588, a sessantasei anni, il Lancellotti era assiduo alle adunanze del Collegio. Nel 1598, fino a maggio, interveniva a tutti gli esami di laurea; solo a giugno non era presente poiché si legge che nell'esame di un tal Giovanni Battista Pinolo di Gubbio, Marcantonio Eugeni e Valerio Arrigucci assistettero "*nomine eorum et excellentissimorum domino-rum Io. Pauli Lancellotti, etc...*". Nel luglio e nell'agosto dello stesso anno lo ritroviamo tra i *promotores* in diritto canonico. Nel dicembre, ancora una volta, fu costretto a farsi sostituire da Cornelio Benincasa. Ma già nel febbraio del 1590 è di nuovo presente agli esami; così nel marzo di quell'anno è di nuovo sostituito dal Benincasa. Torna nell'aprile, nel giugno e nel luglio, mentre si nota qualche assenza a maggio, sostituito ancora dal Benincasa e dal Ridolfi. A dire dello Scalvanti, inoltre, la data del 23 settembre 1590, voluta dal Vermiglioli e dal Bini è inesatta poiché, sempre dai verbali dell'Archivio Universitario di Perugia risulta che il 24 ottobre di quell'anno il Lancellotti si fece sostituire dal priore del Collegio. È, invece, certamente morto prima del 5 dicembre, poiché il suo nome non è più ricordato negli stessi. Lo Scalvanti, inoltre, ipotizza che a tale data il Bini e il Vermiglioli siano giunti tratti in inganno dalla grafia dei libri necrologi della Chiesa dei Filippini, tale da far confondere l'indi-

Ebbe funerali solenni e fu sepolto nel chiostro della Chiesa di S. Francesco, dove venne collocata una lapide dettata da lui stesso e alla quale il figlio Orazio aggiunse le ultime parole e il busto.²⁵

Se quanto si conosce intorno al Lancellotti si riduce a poche certezze,²⁶ non è nemmeno sicuro che nuove ricerche approdino a risultati significativi viste le precarie condizioni in cui versa la documentazione conservata negli archivi e nelle biblioteche, relativa agli anni in cui il Lancellotti visse e operò.

Infatti, se negli archivi dell'Università di Perugia si possono rinvenire notizie attendibili circa lo svolgimento della sua attività di professore, molto più difficile si prospetta il reperimento di dati precisi relativi agli anni in cui il Lancellotti ha studiato e si è formato nello Studio perugino (1538-1546) ed a quelli, a suo dire tormentatissimi per le

cazione di novembre con settembre mentre chiare e certe risultano essere le indicazioni che provengono dall'Archivio universitario. O. SCALVANTI, *Notizie* cit., pp. 253-254.

²⁵ Il Modestini ci informa che nel primo chiostro del Convento di S. Francesco erano presenti, fra tanti altri di perugini illustri, i sepolcri di Fr. Angelo Serpetri, generale dell'Ordine, dei Duchi della Corgna, di Francesco Beccuti (Coppetta), di Pietro e di Francesco degli Ubaldi, della famiglia Martinelli di Perugia, nonché il busto che rappresenta Bartolo sul quale era posta la scritta "*vera Bartoli effigies*". Riguardo al sepolcro del Lancellotti, il Modestini così lo descrive: "Il deposito..., tutto di marmi colla testa di bronzo e busto rivestito di pelliccia a uso del Collegio de' Dottori Legisti, è del celebre Gio. Paolo Lancellotti...". La lapide che lo sormontava così recitava: *Io Paulus Lancellottus - qui fuerit et quod vivens egerim si - quaeris hominem fuisse scito me quem pa - randis fluxae vitae commodis intentum - nec opinantem mors oppressit tu si sapis - alicua stultitia ad tuum compendium - utere idem enim te cito manet casus quam - diu vixerim quave morte obierim ego nec - divinari potui et tua nihil interest scire - Horatius Lancellottus filius posuit*. G.M. MODESTINI, *Descrizione* cit., pp. 36-69. In seguito alla rovina del chiostro di S. Francesco essa andò perduta. Fu ritrovata dallo Scalvanti in un fondo dell'ex convento, insieme ad altre lapidi di illustri perugini, e fu traslata nell'edificio dell'Università in occasione delle feste centenarie per Baldo tenutesi a Perugia nell'aprile del 1901. O. SCALVANTI, *Notizie* cit., pp. 255-256.

²⁶ I dati biografici, rinvenibili quasi esclusivamente nei repertori di larga diffusione, sono estremamente scarni. Oltre che negli scritti risalenti già citati del Vermiglioli, del Bini, del Crispolti, dell'Oldoino e in quello relativamente più recente dello Scalvanti, sintetici riferimenti possono trovarsi infatti solo nel *Novissimo Digesto Italiano* (vol. IX, Torino, 1963, p. 446), nel *Dictionnaire de Droit Canonique* (tome VI, Paris 1955, p. 333) e nell'opera del von Schulte *Die Geschichte* cit., III/1, pp. 451-453. Poche notizie, inoltre, riguardante soprattutto la sua attività di professore all'interno dell'Università di Perugia possono leggersi anche in G. ERMINI, *Storia dell'Università di Perugia*, Firenze, 1971.

difficoltà e le ostilità incontrate, in cui ha soggiornato a Roma per la messa a punto delle sue *Institutiones Iuris Canonici*; aspetti questi ambedue importanti per una ricostruzione il più possibile fedele della vita e dell'attività svolta dal nostro giureconsulto.

Le vicissitudini della sua permanenza a Roma²⁷ non sembrano per il momento venire illuminate neppure dai fondi dell'Archivio Segreto Vaticano²⁸.

A fronte di tali lacune, tuttavia, due documenti si sono potuti rinvenire durante l'effettuazione delle ricerche condotte sull'argomento.

Il primo è tratto dall'Archivio di Stato di Roma ed è costituito dalla minuta di un atto, datato 1585, dalla quale risulta la proposta di aggregazione di Giovan Paolo Lancellotti, insieme al giureconsulto Roberto Lancellotti,²⁹ alla famiglia romana del cardinale Scipione Lancellotti.³⁰ Il documento chiaramente dimostra la fama e la celebrità di

²⁷ Il Lancellotti dedica molte pagine del suo *Commentarium Institutionum*, edito a Perugia nel 1560, subito dopo avervi definitivamente fatto ritorno, da un canto a riportare le lodi che della sua opera hanno tessuto canonisti e civilisti contemporanei, oltre che teologi di chiara fama, dedicando all'argomento l'intero primo libro, d'altro canto, si sofferma molto nel terzo libro anche a descrivere le difficoltà incontrate nell'ambiente della curia romana, lamentandosi per l'incomprensione ingiustificata nei confronti del suo lavoro.

²⁸ Nessuna traccia del canonista perugino si è ritrovata né negli *Acta Miscellanea* dell'Archivio Concistoriale relativi agli anni in cui egli stesso attesta la sua presenza a Roma, né nello Schedario Garampi nelle sezioni "cronologico" (dal 1541 al 1563), "vescovi" e "cardinali".

²⁹ Roberto Lancellotti era fratello di Giovan Paolo, come risulta dalle matricole del Collegio dei Legisti dove al nome di Giovan Paolo fa seguito quello di Roberto con la specificazione "*frater carnalis*". V. BINI, *Memorie Istoriche* cit., p. 418. A differenza di Giovan Paolo, Roberto Lancellotti intraprese la carriera ecclesiastica. Negli anni dal 1560 al 1569 a lui furono assegnate prebende canoniche nel Duomo di Perugia e nella parrocchia di S. Martino del Versaro. Anch'egli, come il fratello, si addottorò in Patria nel cui Ateneo lesse per un periodo di tempo *Ius Civile*. Uomo molto dotto sia nelle scienze teologiche, sia nelle discipline giuridiche, si trasferì a Roma per tentare una migliore carriera. I magistrati di Perugia, approfittando della sua permanenza in questa città, gli conferirono l'incarico dei "pubblici affari". La sua fama era ben nota a Roma al punto che il suo nome fu fra quelli presi in considerazione per la nomina ad Uditore di Rota dopo la morte di Giulio Oradini, nel 1573. Roberto Lancellotti morì in Roma verso il 1583 lasciandoci i seguenti scritti: *De Appellationibus* (1547), il *De Attentatis et Innovatis lite et appellatione pendente* (1576) ed il *De Restitutione in integrum*, che può leggersi nella collezione di vari trattati *de Restitutione* edita in Francoforte nel 1586. G.B. VERMIGLIOLI, *Biografia* cit., p. 51; A. OLDOINO, *Athenaeum Augustum* cit., pp. 295-296; T. CUTURI, *Ruolo dei Professori* cit., p. 141.

³⁰ Archivio di Stato di Roma, *Miscellanea famiglie*, busta 90, fasc.14, ff. 725-726. Cfr. "*Forma aggregationis in familia*", in *Appendice n.1*, pp. 31-32. Da questo docu-

cui sia Giovan Paolo, sia Roberto Lancellotti godevano a Perugia, come a Roma,³¹ al punto di spingere lo stesso cardinale Scipione Lancellotti a ritenere possibile la loro aggregazione alla famiglia romana dei Lancellotti.³²

Il secondo documento, invece, è conservato nella Biblioteca Apo-

mento sembrerebbe evincersi la presenza anche di un terzo fratello: Vincenzo Lancellotti, definito nel documento "*frater vestrum germanum*", del quale, però, non si hanno notizie.

³¹ [...] "*quam etate nostra non solum per multos annos in celeberrimo Perusino Gimnasio utrumque ius non cum minori auditorum utilitate, quam vestri quoque nominis celebritate publice interpretando, verum etiam in Ro[mana] Cu[ria] admirationis munus laudabiliter exercendo, ac demum splendidissimis literarum per vos editis monumentis atque aliis bonis artibus illustriorem reddisitis[...]*". Ibidem.

³² [...] "*quia in re nostre familie quae pariter Lancellottorum nomine in hac Alma Urbe multis iam seculis insignitur, et Illustrissimorum virorum fama decoratur tantam similitudinem gerere dignoscitur ut facile quemlibet hec reputentem in eam sententiam trahere possit utramque familiam ab eisdem progenitoribus duxisse originem, nisi insignium diversitas ei rei nonnullam dubitationem forte afferet*". Ibidem. Il notaio che ha redatto il documento in questione, tuttavia, annota al fondo della pagina: "*Deficit consensus Dominum P. fra tris domini Cardinalis*". Ibidem. Fra gli scrittori che si sono cimentati nella ricostruzione della biografia del giureconsulto perugino il Mariotti, nel suo *De' Perugini Auditori della Sacra Rota Romana* (pp. 94-95) narra che Orazio Lancellotti, figlio del giureconsulto perugino, avrebbe abbracciato lo stato ecclesiastico giungendo all'onore della porpora. Secondo lo Scalvanti, invece, Orazio Lancellotti, figlio primogenito di Giovan Paolo (come si evince dal fatto che è suo il nome ricordato nell'epigrafe collocata sul sepolcro del padre nel 1590. Così anche G.B. VERMIGLIOLI, *Biografia* cit., p. 45), non sarebbe da confondere con un altro Orazio Lancellotti, pure studente a Perugia che si vede iscritto di proprio pugno nella matricola degli scolari sotto il giorno 23 novembre 1591, insieme a Giovan Battista Lancellotti, i quali si danno la qualifica di *romani*. "Ora, quanto al tempo, nessuna difficoltà vi sarebbe a ritenere cotesto Orazio figlio del Lancellotti nostro. Ciò che assolutamente lo esclude è la qualifica di *romano* datasi da Orazio nella matricola degli scolari. L'essersi poi Orazio e Giovan Battista iscritti all'Ateneo perugino nel 1591 impedisce di aggiustar fede alla congettura formata dal Vermiglioli, e cioè, che Orazio e Giovanni fossero nati da un Giovan Paolo *romano*. Infatti l'iscrizione riferita dal biografo assegna a Giovanni, presunto fratello di Orazio, l'età di anni 48 al 1670, e perciò sarebbe nato nel 1622, ossia trent'anni dopo che Orazio, nipote del cardinale Scipione Lancellotti, si annotò nella matricola dello Studio perugino. Ma altro riscontro abbiamo per dimostrare che Orazio di Giovan Paolo Lancellotti *perugino* non vestì l'abito ecclesiastico e non fu cardinale, ed è, che egli, restato in patria, fu più volte capo del magistrato cittadino negli anni 1614, 1624, 1634 e 1642". O. SCALVANTI, *Notizie* cit., pp. 252 - 253. Su Giovan Battista Lancellotti, da ultimo: T. FITYCH, *Inizi della missione diplomatica di Giovan Battista Lancellotti nunzio apostolico in Polonia (1622-1627)*, in "*Lateranum*", LXVII, 2001, n. 1, pp. 71-111.

stolica Vaticana, ed è costituito da una missiva scritta di pugno di Giovan Paolo Lancellotti ed inviata al Cardinale Guglielmo Sirletti nel maggio del 1570,³³ insieme alla “*seconda editione de la mia Instituta fatta da me*”,³⁴ che si rivela importante per la ricerca in atto e che, sul versante delle notizie biografiche, ci rivela le non eccellenti condizioni economiche in cui versava il Lancellotti, dovute alle “*notabili spese per venir a star lungamente in Roma a tempi difficilissimi mentre si faceva la censura di questo libro*”.³⁵

2. Gli studi presso l'Ateneo perugino

Al tempo in cui il Lancellotti era studente, anche lo Studio perugino era ormai lontano dal bartolismo dei secoli precedenti poiché, malgrado l'Ateneo avesse reagito inizialmente come vera roccaforte della tradizione alle proposte che provenivano d'Oltralpe, orgoglioso soprattutto del fatto che le sue mura avevano visto nascere la grande scuola del Commento di Bartolo e di Baldo degli Ubaldi,³⁶ l'umanesimo ormai dilagante si era già insinuato, nel suo tipico aspetto culturale storico e letterale, anche nel mondo dei giuristi.³⁷ Tuttavia, mentre nelle facoltà di arti le istanze umanistiche comparvero dando vita ad un bel rinnovamento degli studi letterari, nella facoltà di diritto, comprendente le due scuole dei civilisti e dei canonisti,³⁸

³³ BAV, *Reg. lat.*, n. 2023, c. 209. Nei fondi della Biblioteca Apostolica Vaticana si è rinvenuta, peraltro, anche la minuta di risposta che il Cardinal Sirletti avrebbe inviato, il 16 giugno del 1570 a Giovan Paolo Lancellotti (BAV, *Vat. Lat.* 6946). Cfr. *Appendice n. 2*.

³⁴ G.P. LANCELOTTI, *Lettera al Cardinale Sirletti*, in *Appendice n. 2*.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ G. ERMINI, *Storia cit.*, p.509.

³⁷ T. CUTURI, *Le tradizioni della Scuola di Diritto Civile nell'Università di Perugia*, in *Per una festa cit.*, pp. 62-63.

³⁸ Lo Studio perugino, sorto nel trecento, era stato ordinato su due facoltà: quella di diritto e quella di medicina, filosofia e arti, cui Gregorio XI nel 1371 aveva aggiunto quella di teologia. Tale ordinamento, tuttavia, è rimasto immutato fino all'800 solo nelle sue linee esterne, mentre nel corso dei secoli al suo interno si è andata accentuando la distinzione tra i diversi rami di studi. Nel XVI secolo, però, tale fenomeno ha scarsa rilevanza nella *facultas iurisconsultorum* dove la distinzione, seppur chiarissima, tra diritto civile e diritto canonico, non assume mai il carattere della separazione in virtù di quella unità del diritto ereditata dal medioevo e ancora vigente al punto che di fronte alla spinta in tal senso da parte degli Stati moderni, la scuola pe-

all'inizio si limitarono a pretendere una migliore cultura filologica e storica anche dei docenti;³⁹ cosa questa che produsse ben presto i suoi effetti: il bartolismo cominciò a correggersi, pur contaminandosi, spesso, con elementi archeologici, storici e letterari che non avevano nulla a che fare con il diritto.⁴⁰

L'influenza dell'Umanesimo e del Rinascimento, inoltre, si manifestò anche con l'apparire, soprattutto al di là delle Alpi ad opera dei giuristi culti,⁴¹ grazie anche all'alleanza con il nascente nazionalismo volto a spezzare l'unità giuridica che legava i popoli dell'Europa, di quella corrente di pensiero che tese alla formazione di una scienza del diritto di carattere sistematico, in contrapposizione a quella analitica e frammentaria, prevalentemente opera di esegesi e di interpretazione

rugina reagisce proclamando che il vero giurista è quello addottorato *in utroque iure*. G. ERMINI, *Storia* cit., p. 220.

³⁹ I giuristi rinascimentali, infatti, intendevano liberare i testi tramandati nelle Pandette dalle incrostazioni giustiniane e dalle interpolazioni di Triboniano, guardando al *Corpus Juris* non con la preoccupazione di ricercare una sua validità pratica, ma con la convinzione di trovarsi di fronte ad un testo con lo stesso valore di un'opera di Varrone o di Cicerone. G. ERMINI, *Corso di diritto comune*, Milano, 1962, pp. 263 ss.; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, Milano, 1979, p. 185; T. CUTURI, *Le tradizioni* cit., p. 64.

⁴⁰ "Della cultura umanistica, che va diffondendosi anche tra i giuristi, sono manifestazioni evidenti, infatti, le cosiddette ornate orazioni, che si cominciano a trovare d'ora in poi da questi ultimi pronunziate nell'una o nell'altra solenne occasione, il genere letterario dell'epistola dedicatoria o della biografia preposte spesso alle loro opere più importanti, la migliorata forma latina dei loro scritti, il più largo riferimento agli autori dell'antichità, Santi Padri, filosofi, storici e letterati, la tendenza ad un più corretto e moderato uso dei procedimenti scolastici". G. ERMINI, *Storia* cit., pp. 509-510.

⁴¹ Il milanese Andrea Alciato fu tra i primi a sottolineare la necessità di una nuova *recta via* da seguire negli studi giuridici e di una nuova *ratio studiorum* nel campo del diritto; espressioni queste che ben esprimono l'aspirazione ad organizzare in maniera razionale la scienza del diritto, per giungere, attraverso l'uso delle discipline logiche, ad un'elaborazione scientifica di esso. Sul punto cfr. A. CAVANNA, *Storia del diritto* cit., pp. 172 ss; R. ABBONDANZA, "Alciato", in *DBI*, II, pp. 69 ss; D. MAFEI, *Gli inizi dell'Umanesimo giuridico*, Milano, 1956; V. PIANO MORTARI, *Pensieri di Alciato sulla giurisprudenza*, in *Diritto Logica Metodo nel secolo XVI*, Napoli, 1978, pp. 349 ss; F. CARPINTERO, "Mos italicus", "mos gallicus" y el Humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica, in *Ius Commune*, VI, Francoforte, 1977, pp. 108-171.

guidata da precisi criteri, che aveva, invece, caratterizzato il Medio Evo.⁴²

In Italia, invece, le leggi romane erano sentite ancora come motivo di gloria e di orgoglio nazionale e il diritto di Accursio e di Bartolo non appariva un diritto di importazione; e ciò soprattutto a Perugia, dove la Scuola del Commento rappresentava anche la più gloriosa tradizione dell'Università.

Ancora ai tempi in cui il Lancellotti si formava, dunque, nello Studio perugino l'umanesimo era riuscito solo ad alterare le linee del bartolismo, non certo ad avversarlo né a negarlo.⁴³

Alla scuola del Pontano, dell'Oradini, del Castaldi si addottorava anche Giovan Paolo Lancellotti,⁴⁴ il quale senza dubbio, ha assorbito

⁴² V. PIANO MORTARI, *La sistematica come ideale umanistico*, in *Studi in onore di Gaetano Zingali*, III, Milano, 1965, pp. 559-560. I giuristi medievali non dubitavano affatto della *consonantia* e della concordia dei contenuti del *Corpus Iuris*; pertanto, nella sua interpretazione, adottavano quei criteri che miravano a salvaguardare la loro armonia e non la loro contraddizione. Scrive a questo proposito J. Iglesias: "Glosatores y postglosatores se acercan al Derecho romano justinianeo para interpretarlo como derecho vivo. Carentes de toda luz histórica, su tarea no es otra que la de explicar unos textos que, al decir del emperador Justiniano, están todos en perfecta armonía". J. IGLESIAS, *La construcción sistemática en general*, in *Estudios Historia de Roma - Derecho Romano - Derecho Moderno*, Madrid, 1968, p. 126. Dunque, non era concepibile, nell'età di mezzo, discutere il piano delle materie stabilito da Giustiniano e, di conseguenza, pensare ad un ordine che ne prescindesse.

⁴³ I giuristi perugini di quest'epoca, infatti, mostrano una spiccata tendenza all'enciclopedismo soprattutto cercando una più intima unione tra scienza civilistica e canonistica, immettendo frequenti riferimenti all'antica sapienza classica e all'archeologia nei loro scritti, mostrando un'attenzione particolare alla correttezza del significato lessicale delle espressioni latine e al quadro storico della legge, curando anche l'estetica della scrittura fino a dilettersi nel componimento di versi poetici. Tutto ciò sembra in alcuni casi far slittare il genere giuridico verso quello letterario ma, a differenza della scuola culta, la scuola perugina resta scuola di giuristi con indirizzo dommatico che guarda al *Corpus Iuris* come diritto vivo e che fa tesoro ancora dell'interpretazione della Glossa e del Commento. G. ERMINI, *Storia* cit., pp. 519 ss.

⁴⁴ Avendo a promotori gli stessi insigni maestri, nello stesso anno in cui si laureò il Lancellotti, il due di ottobre successivo, ultimò i suoi studi anche Marcantonio Eugeni, esimio seguace dell'indirizzo pratico degli studi giuridici che perseguiva lo Studio perugino. Fu lettore in civile dal 1546 e di canonico forse fino alla sua morte avvenuta nel 1594. Alberico Gentili lo definisce "*magnus practicus*". Pubblicò due volumi di "*Consilia*" e l'*Enarratio in titulum "De interdictis"*, *omnium fere interdictorum enarrationem continens*, dedicata al legato pontificio in Perugia cardinale Giulio Feltrio della Rovere. Un anno dopo, nel 1547, allievo degli stessi maestri, si laureò un altro importante giurista: Rinaldo Ridolfi detto Ridolfino. Salì appena laureato alla cattedra

dall'insegnamento di tali illustri maestri le idee nuove che agitavano l'Europa del diritto, mostrando con la sua attività scientifica non solo di apprezzarle ma, in certo senso, di andare oltre gli stessi insegnamenti ricevuti per aderire, in maniera più chiara, all'indirizzo più "progressista" dell'umanesimo giuridico.⁴⁵

3. Tracce fondamentali per una lettura delle "Institutiones Iuris Canonici"

Un ulteriore aspetto che ha caratterizzato gli anni dell'Umanesimo e del Rinascimento è stato quello relativo all'esigenza, fortemente sottolineata soprattutto dai giuristi, di rinnovamento dei metodi didattici medievali e di una visione unitaria e coordinata del sapere, scaturente certo da quel bisogno prettamente "umanistico" dell'enciclopedia. Dalla lettura degli scritti programmatici del secolo XVI, redatti soprattutto dai giuristi d'oltralpe aderenti al *mos docendi gallicus*⁴⁶, emerge

di civile in Perugia. Conteso da più parti, egli insegnò anche a Pisa ed a Padova. Il Ridolfino è tra i giuristi perugini dell'epoca quello forse che più sente l'umanesimo letterario e storico del tempo. G. ERMINI, *Storia* cit., pp. 526 ss; A. OLDINO, *Athenaeum Augustum* cit., pp. 232-234.

⁴⁵ T. CUTURI, *Le tradizioni* cit., pp. 69-70. A Perugia dottrina civilistica e dottrina canonistica procedono in stretta intimità di rapporti e comunione d'intenti al punto che la storia ed i metodi seguiti dal XV secolo in poi da civilisti e canonisti subiscono le stesse vicende. Infatti, il metodo scolastico dei bartolisti è anche quello usato dai canonisti; così come del diffondersi della cultura umanistica risentono anche i cultori del diritto canonico i quali, per valore e ampiezza di cognizioni ben potevano concorrere con la fiorentissima scuola di diritto civile. G. ERMINI, *Storia* cit., p. 544.

⁴⁶ In particolare si vedano gli scritti di A. ALCIATO, *Oratio in laudem iuris civilis*, in *Opera*, Basileae, 1550, II, pp. 506-511 e *Oratio habita Ferrariae*, ivi, pp. 517 ss.; F. DUAREN, *Epistola ad Andream Guillartum de ratione docendi discendique iuris*, in *Opera*, Lugduni, 1558, pp. 513-533; *Oratio habita in cooptatione D. Hugonis Donelli*, ivi, pp. 544-548; *Oratio in cooptatione D. Nicolai Buguerii*, ivi, pp. 549-556; *Omnibus iuris utriusque studiosis juvenibus*, ivi, pp. 558-559; E. BARON, *De ratione discendique iuris civilis* (1546), in *Variorum Opuscula ad Cultiore Jurisprudentiam adsequendam pertinentia*, I, Pisa, 1769, pp. 137 ss.; F. HOTMAN, *Iurisconsultus sive de optimo genere iuris interpretandi*, in *Opera*, II, 1566, c. 1087 ss.; CANTIUNCULA, *De ratione studii legalis*, in J. SPIEGEL, *Lexicon juris Civilis*, Lugduni, 1548, c. 722 ss.; F. CUJAS, *De ratione docendi iuris*, in *Opera omnia*, Neapoli, 1758, t. VIII, c. 1172 ss.; J. CORAS, *De iure civili in artem redigendo*, in *Tractatus Universi Iuris*, Venetiis, 1584, I, fo. 59r ss.; J. HOPPER, *De iuris arte*, in *Tractatus Universi Iuris* cit., I, fo. 103r ss.; M. WESENBECK, *Prolegomena de studio recte instituendo*, in *Paratitla in Pandectas Iuris civilis*, Basileae,

chiara l'esigenza di introdurre nello studio del diritto civile un metodo diverso da quello seguito fino ad allora (laddove con il termine "metodo" si intendeva "il modo di esporre e di organizzare un determinato insieme di pensiero, di notizie, di cognizioni derivanti dall'esperienza"): ⁴⁷ un metodo di studio elementare ed attraente, "volto alla formazione di un sapere semplice, chiaro, armonico e ben organizzato nella sua totalità e sistematicità". ⁴⁸

All'indomani della lezione alciatea, infatti, i giuristi culti si fecero propugnatori in particolare della necessità di congiungere il diritto con la filosofia e la storia, fino al punto di proporre un nuovo metodo di interpretazione del *Corpus Iuris Civilis* e, ancor di più, manifestando l'esigenza di "*redigere in artem*" il diritto stesso, richiamando da un canto la lezione pseudo-ciceroniana dell'*Ad Herennium* ⁴⁹ e, dall'altro canto, utilizzando i dettami della dialettica intesa non più solo come scienza speculativa ma soprattutto come arte della discussione. ⁵⁰ Si prefissero così "come programma scientifico specifico, il riordinamento sistematico della materia giuridica attraverso l'elaborazione di compendi panoramici del diritto", ⁵¹ influenzando in tutto ciò, certamente, anche la filosofia platonica e il concetto rinascimentale di proporzione. Con-

1566; J. MERCER, *Opinionum et observationum libri duo*, in E. OTTO, *Thesaurus Iuris Romani*, Basiliae, 1774, II, c. 1553 ss.; H. ELEN, *Diatribarum sive exercitationum ad ius civile*, in *Thesaurus Iuris Romani*, II, c. 1399 ss.; C. HEGENDORFF, *De compendiarie discendi Iura Civilia Ratione*, in J. SPIEGEL, *Lexicon Iuris* cit., c. 714 ss.

⁴⁷ V. PIANO MORTARI, *L'«ordo juris» nel pensiero dei giuristi francesi del sec. XVI*, in *La sistematica giuridica. Storia, teoria e problemi attuali*, Milano, 1991, p. 371. Afferma lo stesso autore che "nel riflettere sul significato della parola *methodus* e partendo dalla sua etimologia, Budeo in tale termine di origine greca vi vedeva contenuto quanto i latini esprimevano con le parole *via, ars, ratio docendi e discendi*", *Ibidem*.

⁴⁸ V. PIANO MORTARI, *Sugli scritti programmatici dei giuristi del secolo XVI*, in *SDHI*, XXI, 1955 (Roma), p. 288.

⁴⁹ Sulla Topica in Cicerone cfr. T. VIEHWEG, *Topica e giurisprudenza* (a cura di Giuliano Crifò), Milano, 1962, pp. 21 ss. Da ultimo: G. SPOSITO, *Il luogo dell'oratore. Argomentazione topica e retorica forense in Cicerone*, Napoli, 2001.

⁵⁰ A partire dall'insegnamento dell'Agricola, autori come il Gammaro, l'Everard, il Cantuincula, lo Hegendorff, l'Apel, l'Oldendorp, il Vigelius, il Freigius, andavano mettendo in luce l'utilità della dialettica in rapporto alla sua funzione da un canto di guida razionale utilizzabile per dare un assetto sistematico alla giurisprudenza, d'altro canto di guida nell'interpretazione logica delle norme di diritto positivo. Per questi autori cfr. PIANO MORTARI, *Dialettica e giurisprudenza*, in *Diritto Logica Metodo nel secolo XVI*, Napoli, 1978, pp. 117 ss.

⁵¹ *Ibidem*, p. 290.

seguentemente vollero anche illustrare, per i principianti, un metodo di studio ispirato ad esigenze analoghe di razionalità e sistematicità. Se dunque, le Istituzioni, il Digesto ed il Codice di Giustiniano rappresentavano ancora, naturalmente, le basi fondamentali della preparazione culturale del giurista, tuttavia i culti proponevano concordemente di iniziare lo studio del diritto con le Istituzioni poiché esse ne contenevano i principi elementari esposti in maniera piana ed accessibile oltre che secondo un ordine giudicato rispondente ad un criterio logico.⁵² Solo “dopo la preparazione istituzionale il principiante doveva passare allo studio del Digesto, del Codice e delle Novelle per evitare che egli potesse trovarsi disorientato di fronte alla vastità ed alla complessità di opere elaborate in maniera non razionalmente ordinata”.⁵³

In questo dibattito, la posizione più radicale fu certo quella assunta dal francese Pietro Ramo⁵⁴ il quale, in duro scontro con le posizioni “conservatrici” del suo tempo, giunse ad affermare il carattere necessariamente utilitaristico e la funzione fortemente didattica della dialettica. Con la formulazione del suo metodo, basato sul principio cardine dell'impossibilità che la teoria potesse fare a meno di un confronto ravvicinato con la prassi, egli si propose di facilitare l'apprendimento del diritto.

Sulla scia della sistemazione razionale del diritto si posero anche

⁵² *Ibidem*, p. 291

⁵³ *Ibidem*, p. 292. Scriveva l'Elen: “*in libris Institutionum absolutissimam esse methodum censeo eam quae... Galeno dicitur. Nam a primis iuris principiis per universam iuris materiam ubique ad finem aequum scilicet ac bonum, collineando, ita decurrit ut primum res personis dominio vel ex iure naturali vel civili acquisito adiungat, personas deinde per contractus vel maleficia obliget, ex dominiis deinde et obligationibus actiones struat, postremo ex actionibus et exceptionibus sententiam officiumque indicis conficiat*”. H. ELEN, *De optima et facillima perdiscendi iuris civilis ratione*, in E. OTTO, *Thesaurus Iuris Romani* cit., col. 1403.

⁵⁴ Su Pietro Ramo ed il ramismo confronta in particolare le opere di W.J. ONG, *Ramus. Method, and the Decay of Dialogue*, Cambridge, Massachusetts, 1958, p. 203; VASOLI C., *La dialettica e la retorica dell'Umanesimo. "Invenzione" e "Metodo" nella cultura del XV e XVI secolo*, Milano, 1968, nonché gli scritti di P. MAGNARD, *L'enjeu philosophique d'une grammaire*; N. BRUYÈRE-ROBINET, *Le statut de l'invention dans l'œuvre de La Ramée*; K. MEERHOFF, *Ramus et Cicéron*; L. JARDINE, *Gabriel Harvey: exemplary ramist and pragmatic humanist*; W. RISSE, *Petrus Ramus und sein verhältnis zur schultradition*, tutti in *Revue des Sciences Philosophiques et Théologiques*, Paris, 1986, pp. 3-98.

alcune importanti opere, edite tra il 1540 ed il 1545, indirizzate prevalentemente ad indicare il modo ed i mezzi per dare un assetto organico alla materia giuridica che, dopo la scuola della Glossa e del Commento, aveva visto aggravarsi maggiormente il difetto di logicità intrinseco già all'ordine dei libri giustinianeî. Si tratta della *Jurisprudentia liber I* di Sebastian Derrer (1540), del *Dialogus de studio recte instituendo exercendoque interlocutores tres: Albericus, Sempronius, Sulpitius* e della *Methodica dialectices ratio ad jurisprudentiam accomodata* di Apel (1545), dei *Topica Legalia* di Cantiuncula (1545) e, infine, dello scritto di Lagus *Juris utriusque methodica traditio* (1543).⁵⁵

In questi anni, inoltre, vide la luce anche l'opera di Connan, i *Commentari Iuris Civilis*, nei quali l'autore, ricostruendo tutto il suo edificio del diritto, utilizzò il contenuto della disciplina interamente tratto dai testi di diritto romano e dalla tradizione del diritto comune, ripensando criticamente l'antico ordine, nel tentativo di prospettare un sistema basato su fondamenti solidi e ordinanti la materia del diritto civile.⁵⁶

I problemi e le necessità che si erano manifestate nel diritto civile si mostravano anche nel campo del diritto canonico, dal quale non si poteva prescindere nell'ambito del cosiddetto diritto comune. Sulla scia dell'umanesimo ultramontano si prospettò da un canto la necessità di giungere ad una nuova sistematica (*rectius* ad un graduale abbandono dell'esposizione legata alla partizione in cinque libri delle Decretali gregoriane), d'altro canto la necessità di "inventare" un metodo didattico per lo studio del diritto canonico che, sulla base dell'attrazione civilistica, si configurò come metodo istituzionale che assicurava agli studenti la conoscenza dei principi necessari, razionalmente sistemati, per accostarsi, senza pericolo di confusione, a quello che Chappuis, nel 1500, aveva denominato *Corpus Iuris Canonici*.

Iniziatore di tale metodo nel campo del diritto canonico può dirsi proprio Giovan Paolo Lancellotti, che, per la prima volta, nel 1563, utilizzò per il suo manuale, il titolo *Institutiones*. La sua opera, dunque, può iscriversi in quel filone riformatore che agitava le acque sia del diritto civile, nel senso di un ritorno allo schema gaiano, sia del

⁵⁵ A. MAZZACANE, *Scienza, logica e ideologia nella giurisprudenza tedesca del sec. XVI*, Varese, 1971.

⁵⁶ Sull'argomento I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna*, Torino, 1997, pp. 97 ss.

diritto canonico, in direzione dell'applicazione della stessa tripartizione ai contenuti più propriamente canonistici.⁵⁷

La lettura delle *Institutiones Iuris Canonici* e del *Commentarium* alle stesse, mostrano subito evidente, infatti, la posizione del giureconsulto perugino di fronte alle questioni riguardanti il metodo.

Come mostra il *Commentarium*, l'intenzione del Lancellotti è quella di offrire una sistemazione del diritto canonico attraverso l'utilizzazione di un metodo che ne facilitasse l'apprendimento dei principi,⁵⁸ forgiando gli strumenti per poter affrontare, nel prosieguo degli studi, difficoltà ben più grandi e poterlo utilizzare nella prassi quotidiana in maniera più agevole, scegliendo espressamente nella costruzione di quest'opera i criteri fondamentali della brevità e della chiarezza.⁵⁹

Ma ciò che più colpisce è l'insistenza con cui il Lancellotti sottolinea la necessità di usare una formulazione semplice del testo.⁶⁰ Tale posizione, oltre che rivelare evidenti preoccupazioni di carattere isago-

⁵⁷ I motivi della nuova fortuna dello schema tripartito sono da ricercarsi – secondo l'Orestano – in una serie di ragioni convergenti: la semplicità dello schema stesso, il quale si presentava come il più rispondente alle esigenze di una didattica elementare e contemporaneamente con le sembianze di una certa razionalità; la derivazione di questo schema da un modello “classico”, che non rompeva con la tradizione del *Corpus Iuris*; il fatto che questo schema permetteva un ordine di trattazione in cui l'argomento “persona” assumesse quel posto di preminenza che meglio s'intonava col nascente giusnaturalismo moderno e con il formarsi dell'idea dei “diritti soggettivi” quali attributi della personalità. L'adozione dello schema tripartito si manifesta in due modi. In primo luogo “molti riversano nelle articolazioni delle Istituzioni l'intero materiale delle altre parti del *Corpus Iuris*, effettuandone in quello schema lo studio e l'elaborazione (...) In secondo luogo vi sono coloro che, pur senza seguire l'ordine delle Istituzioni, traggono da esso ispirazione per nuove e diversamente articolate disposizioni, create con maggiore libertà, ma al cui fondo è sempre ben riconoscibile la tripartizione gaiana”. Cfr. R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, pp. 166-167.

⁵⁸ Esplicitamente il Lancellotti assegna alle sue *Institutiones* il compito di “*ardua quasi gradum facere*”. G.P. LANCELOTTI, *Commentarium Institutionum*, III, in *Institutiones Iuris Canonici*, Venetiis, 1630, p. 481.

⁵⁹ *Commentarium*, II, p. 480.

⁶⁰ Nel *Commentarium* chiaramente il giureconsulto perugino sottolinea la necessità di tenersi distante dalle sottigliezze dialettiche dei canonisti medievali nelle quali potevano annidarsi, a suo dire, numerosi pericoli poiché essi nelle loro opere avrebbero riversato indiscriminatamente tutto ciò che riguardava il diritto canonico. Per tale motivo ne sottolinea la limitatezza sia dal punto di vista strutturale, sia relativamente ai contenuti poiché molti principi espressi hanno subito nel tempo variazioni e correzioni ad opera dei successivi legislatori. *Commentarium* III, p. 490.

gico e didattico, sembrerebbe mostrare nel giureconsulto perugino anche preoccupazioni di carattere etico e sociale. Essa, infatti, oltre che manifestazione del suo gusto estetico, sembra essere espressione anche della sua adesione a quell'idea di giurista quale persona a cui nella società è affidato il compito di spiegare in maniera chiara ed accessibile a tutti le norme che regolano la vita della comunità, evitando di confondere le idee sul loro significato.

Pertanto, come già i giuristi ormai da tempo andavano sottolineando per il diritto romano,⁶¹ anche al fondo dell'idea del Lancellotti sembra potersi rinvenire la presa di coscienza del fatto che neanche il diritto canonico potesse più essere studiato in maniera frammentaria e disorganica, come era fino ad allora accaduto, e che si rendeva sempre più necessario elaborare un metodo di studio elementare che potesse condurre ad un sapere armonico ed organizzato.

Lontano dalle asperità del linguaggio e dall'invettiva dei giuristi culti, proponendo l'insegnamento del diritto canonico attraverso le operazioni logiche della *definitio* e della *divisio*, procedendo attraverso di esse in maniera dicotomica, egli intende assegnare al diritto canonico lo *status* di disciplina scientifica fondata su principi universali e sulla possibilità di una loro elaborazione logica.

Quest'atteggiamento sembrerebbe avvicinarlo fortemente, fino a condividere le finalità, alle proposte didattiche espresse nel campo del diritto civile dal Coras, dal Duaren, dal Baron i quali, in netto contrasto con la metodologia analitica e frammentaria dei bartolisti,⁶² ritenevano rilevabili

⁶¹ Scrive Piano Mortari: "Il commento, l'interpretazione dialettica dei testi del diritto romano, compiuti secondo il *mos italicus*, non sembravano più soddisfare. Quell'esame sottile e dettagliato dei singoli luoghi del *Corpus Iuris* nell'ordine legale in cui essi si trovavano disposti non pareva, con ragione, conforme ad un criterio propriamente razionale e non sembrava più accettabile... Uno dei più illustri umanisti italiani, Leonardo Bruni, aveva affermato che la cultura non era semplice "*eruditio*" ma "*eruditio*" come organizzazione sistematica del sapere. Melantone (...) aveva messo in evidenza l'importanza di seguire un ordine razionale negli studi: "*rectam viam seu ordinem investigationis et explicationis sive simplicium questionum sive propositionum*". Il Ramo, (...) aveva affermato in maniera particolarmente chiara ed influente il valore della conoscenza scientifica di un metodo di studio graduale dai principi universali più generali, più noti e anteriori logicamente a quelli particolari, meno evidenti e conseguenti". V. PIANO MORTARI, *Considerazioni sugli scritti programmatici dei giuristi del secolo XVI*, in *Diritto Logica Metodo* cit., p. 281.

⁶² I giuristi culti, in particolare, contestavano l'infondatezza degli argomenti di coloro che ritenevano impossibile studiare il diritto con metodo e arte poiché ritenevano da un

nel diritto sia principi universali che permettevano una sua elaborazione logica, sia uno spirito di razionalità che informava istituzioni e principi giuridici collegandoli armonicamente fra di loro⁶³.

Non dovrebbe dunque destare meraviglia il fatto che il Lancellotti, sulla scia dei civilisti, abbia dato vita ad un manuale che, colmando la lacuna esistente, anche per la materia canonistica presentasse le medesime caratteristiche sistematiche e metodologiche delle *Institutiones* giustinianee.⁶⁴ Né tantomeno meraviglia dovrebbe nascere dal fatto che, allo stesso modo di questi autori, anch'egli si sia richiamato all'autorità di Cicerone il quale riteneva necessario per lo studio del diritto che vi fossero libri contenenti gli elementi essenziali di esso, redatti "*in artem*".⁶⁵

Tuttavia, a chi si soffermi a leggere le pagine dense del *Commentarium Institutionum*, non potrà sfuggire come il Lancellotti, sebbene espli-

canto la giurisprudenza vertere, per sua natura, su oggetti particolari ed individuali tali da non permettere una loro sistematizzazione razionale attraverso le operazioni dialettiche della definizione e della divisione, d'altro canto il diritto presentarsi come qualcosa di mutevole nel tempo e nello spazio e pertanto senza fondamenti immutabili.

⁶³ Dalla razionalità dell'oggetto i giuristi culti facevano scaturire come conseguenza la scientificità della giurisprudenza. Compito del giurista era pertanto quello di rivelare l'ordine interno del diritto attraverso un criterio logico che gradualmente ne consentisse il possesso; e ciò si rendeva possibile solo con l'adozione di quel metodo sistematico che, partendo dalla conoscenza preliminare dei principi generali, consentisse di giungere, di grado in grado, alla conoscenza delle questioni particolari. Sul punto, in particolare cfr. lo scritto di Coras, *De iure civili in artem redigendo* e di Duaren, *Epistola ad Andream Guillartum*.

⁶⁴ Nel senso di ritenere priva di originalità l'opera del Lancellotti si esprime il Gaudemet il quale ritiene indiscussa in questo periodo storico la questione sistematica nel diritto canonico nel senso di una fedeltà totale al piano delle Decretali. Egli non disconosce l'opera del Lancellotti; tuttavia, ritiene di poter molto ridimensionare la portata della novità che essa avrebbe apportato allo scenario della scienza canonistica, ritenendo che non si possa parlare propriamente di novità di metodo di esposizione poiché il giureconsulto perugino avrebbe abbandonato un modello del XIII secolo per riprenderne uno del II secolo! Secondo il Gaudemet, infatti, la scelta del Lancellotti di adoperare il modello gaiano-giustiniano testimonierebbe unicamente la sua profonda ammirazione per il diritto romano. J. GAUDEMET, *Essais de systématisation en droit canonique*, in *La sistematica giuridica* cit., pp. 174 ss.

⁶⁵ Ripetendo pedissequamente la lezione dell'arinate, Lancellotti ritiene che in ogni campo del sapere, nella musica come nella geometria, in astrologia come in grammatica, "*adhibita est ... ars quaedam, extrinsecus ex alio genere quodam, quod sibi totum Philosophi assumunt, quae rem dissolutam, divisamque conglutinet et ratione quadam constringeret*". *Commentarium*, III, p. 488.

citamente richiami il metodo dello pseudo-Cicerone nella redazione di un manuale giuridico ad uso degli studenti, da esso sembra distaccarsi in relazione all'altra finalità esplicitamente assegnata dallo stesso alle sue *Institutiones*: quella di aiuto alla memorizzazione delle regole.⁶⁶

Quello della memoria è certamente tema fortemente dibattuto nel corso dei secoli⁶⁷ e particolarmente segnato dagli interventi di autori di notevole portata, a partire da Aristotele, Cicerone e Quintiliano, per giungere a Raimondo Lullo e, in epoca contemporanea al giureconsulto perugino, ancora una volta a Pietro Ramo.

Quest'ultimo, in particolare, nella sua proposta di riforma del sistema educativo, contemplò anche la necessità di individuare una nuova e migliore strada per la memorizzazione dei concetti attraverso l'utilizzazione di un nuovo metodo nel quale ogni concetto doveva trovare sistemazione in un ordine dialettico che si estrinsecava in una forma schematica in cui venivano in primo luogo i concetti "generali" o inclusivi dell'argomento. Da questi, attraverso una serie di dicotomie, si discendeva ai concetti "speciali" o individuali. Così esposto nel suo ordine dialettico, l'argomento veniva fissato nella memoria proprio in questo ordine, muovendo dalla presentazione schematica.⁶⁸

⁶⁶ Esplicitamente il Lancellotti scrive che il suo manuale "*memoriam iuvandam pertinere est arbitratus*". *Commentarium*, II, p. 480.

⁶⁷ Sull'"arte della memoria" e, in particolare, su Pietro Ramo possono confrontarsi le opere fondamentali di cfr. F.A. YATES, *L'arte della Memoria*, Torino, 1972; C. VASOLI, *Profezia e Ragione. Studi sulla cultura del Cinquecento e del Seicento*, Napoli, 1974; P. ROSSI, *Clavis Universalis. Arti della memoria e logica combinatoria da Lullo a Leibniz*, Bologna, 1983 e *La memoria, le immagini, l'enciclopedia in La memoria del sapere* (a cura di Pietro Rossi) Roma-Bari, 1988, pp. 211-238; C.A. VIANO, *La biblioteca e l'oblio*, in *La memoria del sapere* cit., pp. 239-274; E. BRAMBILLA, *Verba et res: arti della memoria e logica nella tradizione giuridica universitaria (Secc. XIII-XVII)* in *Per una storia critica della scienza* (a cura di Marco Beretta, Felice Mondella e Maria Teresa Monti), Bologna, 1996, pp. 73-138.

⁶⁸ Le riforme pedagogiche di Ramo andavano certo nel senso di un'eliminazione delle complessità della scolastica, fra le quali anche quelle che riguardavano l'antica arte della memoria. Il dialettico francese, infatti, abolì la memoria come parte di retorica e, di conseguenza, abolì la memoria artificiale. A questo proposito Ong sottolinea come Ramo abbia potuto realizzare ciò in quanto il suo schema delle arti, basato su una logica concepita topicamente, è un sistema di memoria locale. W. ONG, *Ramus* cit., p. 280. Dello stesso avviso è Paolo Rossi il quale ha constatato che, assorbendo la memoria nella logica, Ramo giungeva ad identificare il problema del metodo con quello della memoria. P. ROSSI, *Clavis Universalis* cit., p. 140. Evidente è anche come le ipotesi ramiste circa l'arte della memoria risentano fortemente da un canto della critica di Quintiliano a Cicerone circa l'inefficienza di luoghi e immagini come appog-

Il Lancellotti sembra chiaramente aderire allo strumentario ramista quando, procedendo alla stesura del suo manuale, traccia un itinerario logico che si pone in alternativa anche al sistema di memorizzazione per *loci* e *imagines* di "tulliana" memoria, così come invece era fortemente propugnato nelle opere del Medioevo⁶⁹ e nei manuali più famosi di mnemotecnica⁷⁰ o nelle contemporanee raccolte dei "*Loci argumentorum legales*"⁷¹ e dei "*Loci theologici*"⁷², mostrando di recuperare sì la "sistemazione ordina-

gi per la memoria (sul punto cfr. in particolare W. ONG *Ramus* cit., pp. 307 ss.), d'altro canto degli influssi e le suggestioni che provenivano dal lullismo come arte della memoria. Cfr. F.A. YATES, *L'arte della memoria* cit., pp. 214 ss.

⁶⁹ Nel Medioevo la memoria veniva considerata e studiata come parte della prudenza. In particolare su di essa hanno appuntato la loro attenzione Alberto Magno nel *De Bono* e nel *De memoria et reminiscentia* e Tommaso d'Aquino nella sua *Summa Theologiae*. Cfr. *ivi*, pp. 57 ss.

⁷⁰ Le concezioni di Alberto Magno e soprattutto di Tommaso d'Aquino furono riprese da numerosi autori di trattati aventi ad oggetto la memoria, scritti tra il XV ed il XVI secolo. Si ricordano in particolare l'*Ars Memorativa* di Pietro da Ragone, scritta a metà del XV secolo, l'*Ars Memorativa* di Jacopo Publicio, pubblicata come appendice della sua *Oratoriae artis epitome*, edita a Venezia nel 1482, la *Phoenix sive artificiosa memoria* di Pietro da Ravenna, edita anch'essa a Venezia per la prima volta nel 1491, la *Congestorium artificiosae memoriae* del domenicano Johannes Romberch, edita nel 1520, il *Thesaurus artificiosae memoriae* di Cosmo Rosselli pubblicato a Venezia nel 1579, la *Plutosofia* di Filippo Gesualdo, del 1592.

⁷¹ Grande diffusione in questo periodo ebbero soprattutto le opere di Nikolaus Everard: *Centum modi argumentandi*. *Topicorum seu locorum legalium Centuria ex accuratissima veterum scriptorum lectione ingeniosissime conscripta* (Lugduni, 1545) e *Loci argumentorum legales* (Venetiis, 1547). In esse, sulla scia della lezione dei *Topica* ciceroniani, è proposta una sequenza di "*loci legales*" al fine di rendere più semplice l'argomentazione sia ai canonisti, sia ai legisti. Cfr. N. EVERARD, *Centum modi argumentandi* cit., *Proemium*, pp. 1 ss.

⁷² Le ragioni che animavano i giuristi nella compilazione di raccolte di *loci legales* possono trovarsi riproposte anche dai teologi riguardo alla teologia. Rilevante in questo periodo è l'opera in quattordici libri di Melchior Cano, *De locis Theologicis* (1563): Scrive l'insigne teologo: "(...) *primus breviter enumeret locos, e quibus idoneo possit argumenta depromere, sive conclusiones suas Theologus provare cupit, seu refutare contrarias. Decem reliqui erunt, qui fusius et accuratius doceant, quam vim unusquisque locorum contineat, hoc est, unde argumenta certa, unde vero probabiliora solum eruantur. In duodecimo et tertiodecimo disseretur, quem usum ejusmodi loci habeant, tum in scholastica pugna, tum in sacrarum Literarum expositione*". M. CANIS, *De Locis Theologicis*, in *Opera*, Bassani, 1746, Ex Typographia Remondini, p. 1. Le finalità dell'opera del Cano sembrano essere molto simili a quelle perseguite anche dal Lancellotti nelle sue *Institutiones*. Si legge, infatti, nel Proemio dell'opera: "*Saepe mecum cogitavi, lector optime, boni ne plus is attulerit hominibus, qui multarum rerum copiam in disciplinas invexit, an qui rationem paravit, et viam, qua disciplinae ipasae facilius, et commo-*

ta" dei concetti, ma utilizzandola come esclusivo stimolo "naturale" per la memoria, al posto della classica immagine eccitante.

4. La comparazione con le "*Institutiones Iuris Canonici*" di Marco Antonio Cucchi

Negli stessi anni in cui venne pubblicata l'opera del Lancellotti (1563),⁷³ vede la luce a Venezia un altro manuale di Istituzioni di di-

dius ordine traderentur. Nam et rerum inventoribus nos debere multum, negare non possumus, et debemus certe iis multum, qui ratione, atque arte res inventas ad communem usum accomodarunt"; e poco più oltre: "*Cum autem junioris scholae operam et curam repetere instituo, plurimas utilitates intelligo novae hujus artis subsidio, et diligentia comparatas*". Cfr. Proemium, p. I. Con estrema chiarezza, infine, il Cano afferma: *Cujus explicandi desiderium omnino me movit, ut de Locis Theologicis disputationem instituerem, viris doctis (nisi me opinio fallit) non prorsus ineptam, indoctis vero magnopere necessariam. Id autem eo libentius feci, quod nemo Theologorum adhuc, quod equidem sciam, genus hoc argumenti tractandum sumpsit: cum praeter communem illam artem disserendi, quam a Dialecticis accepimus, aliam Theologus habeat necesse sit, aliosque item ad disputandum locos, unde argumenta non quasi communia, et alienam se tamquam propria ducat et suis dogmatis confirmandis, et adversariorum sententiis refellendis*. Proemium, p. II. Sull'utilità delle *Institutiones Iuris Canonici* anche per i teologi cfr. G.P. LANCELOTTI, *Commentarium* cit., p. 489.

⁷³ Circa l'anno di pubblicazione delle due opere e, in particolare, circa la priorità della pubblicazione dell'una, rispetto all'altra, sorgono non pochi dubbi. Secondo il Wernz, infatti, certamente il Lancellotti avrebbe composto le sue *Institutiones* ancor prima della conclusione del Concilio di Trento ed esse sarebbero state edite a Perugia nel 1563. Il manuale del Cucchi, invece, risulterebbe pubblicato già nel 1564 e, dopo aver subito un'ulteriore revisione ed avervi inserito i riferimenti necessari alle costituzioni del Concilio di Trento, sarebbe stato ripubblicato a Venezia nel 1565. F.X. WERNZ, *Ius Decretalium*, cit., p. 430. Sulla scia del Wernz, anche il Lijdsman ed il Laurin collocano la data di pubblicazione del manuale del Lancellotti al 1563. B. LIJDSMAN, *Introductio* cit., pp. 314-315; F. LAURIN, *Introductio in Corpus juris canonici* cit., p. 228. Il Lijdsman, in particolare, annota che esso "*est primum exemplum Institutionum canonicalium, quod multum divulgatum fuit, quodque alii auctores saepius in edendis Manualibus imitati sunt*". (*Ibidem*, p. 315). All'opinione di questi autori si oppone nettamente Schulte il quale ritiene essere il manuale del Cucchi il primo tentativo di rappresentazione sistematica del diritto canonico (e, infatti, nella sua opera ne antepone anche la trattazione a quella del Lancellotti) pur riconoscendo allo stesso un valore minore di quello del giureconsulto perugino. Stupisce tuttavia il fatto che riporti la data del 1564 per la pubblicazione dell'opera del Cucchi e quella del 1563 per le *Institutiones* del Lancellotti. Non si comprende dunque su quali basi egli giunga a dare priorità al manuale del Cucchi piuttosto che a quello Lancellotti. (J.F. VON SCHULTE, *Die Geschichte* cit., III/1, pp. 450 ss.). Probabilmente, le conclusioni cui

ritto canonico ad opera di Marco Antonio Cucchi,⁷⁴ professore di diritto canonico a Pavia.⁷⁵

Non si può tacere come il vescovo di Alba, Geronimo Vida, in una lettera all'autore, tessa le sue lodi per aver dato vita ad un'opera che, nella "*silva Pontificum sanctionum*", si poneva come "*via compendiaris*" per i principianti inesperti, "*ut non possint magnam discentibus non afferre utilitatem*"⁷⁶ e, al tempo stesso, faccia accenno anche all'i-

giunge lo Schulte derivano dalla recezione acritica di quanto andava scrivendo il Doujat nelle sue *Praenotionum canonicarum* edite nel 1687 nelle quali afferma che il Cucchi avrebbe scritto due manuali di *Institutiones "imitatione Justiniani"*: le *Institutiones Minores* e quelle *Maiores*. Egli, tuttavia, non indica la data di pubblicazione di nessuna delle due opere, limitandosi a segnalare che la composizione delle *Institutiones* del Cucchi sarebbe avvenuta "*quo tempore Tridentina Synodus celebratur*" e che "*eodem ferme tempore*" sarebbero state edite anche le *Institutiones* del Lancellotti, precisando poco dopo "*circa annum 1560, paulo ante Tridentini Concilii exitum*". (J. DOUJAT, *Praenotionum Canonicarum*, Venetiis, 1762, pp. 415-416). Non si hanno dati che confermino le indicazioni del Doujat circa la priorità della redazione dell'opera del Cucchi rispetto a quella del Lancellotti. Al momento resta fermo che la prima data certa e verificabile delle *Institutiones* del giureconsulto perugino è quella del 1563, mentre per il Cucchi non si è potuto risalire ad una data anteriore al 1564.

⁷⁴ J.F. SCHULTE, Marco Antonio Cucchi, in *Die Geschichte* cit., III/1, p. 450; *Cucchi Antonius*, in *Dictionnaire de Droit Canonique*, tome IV, Paris, 1949, p. 845.

⁷⁵ Non si ignora che durante gli anni in cui il Lancellotti ed il Cucchi compivano le loro ricerche e approntavano le rispettive opere, veniva realizzato, ad opera di Antonio Agustín (1517-1586), un tentativo di sistemazione del diritto canonico utilizzando la tripartizione gaiana. Egli, fra il 1541 ed il 1545, durante le sue visite nelle biblioteche d'Italia, iniziò ad appuntare materiale riguardante il diritto canonico ed ad ordinarlo secondo lo schema *personae-res-actiones*, dando vita a due quaderni di note posteriormente riuniti in un solo codice, cui diede il titolo "*Quaedam recollecta in iure canonico*". Durante gli ultimi anni trascorsi a Roma, dove era giunto nel 1544 come Auditore di Rota e vi era rimasto fino al 1557, anno in cui fu elevato alla dignità episcopale, l'Agustín scrisse le *Institutiones Iuris Pontificii*, pubblicate postume dopo la sua morte, le quali si dimostrano ancora un tentativo frammentario di sistemazione della materia poiché in esse si possono leggere solo le sezioni intitolate "*De iure*" e "*De Personis*" (quest'ultima peraltro incompleta poiché in essa è trattata solo la gerarchia), mancando completamente lo sviluppo di quelle riguardanti le cose e i giudizi. Soltanto durante gli ultimi anni della sua vita l'Agustín riuscì a portare a compimento il suo progetto dando vita all'*Epitome Iuris Pontificii veteris*, opera anch'essa pubblicata postuma (la prima parte a Tarragona nel 1587, la seconda e la terza a Roma nel 1611), nella quale il diritto canonico si presenta strutturato e razionalmente svolto attraverso l'applicazione compiuta e piena dello schema giustiniano. Sull'argomento A. BERNAL PALACIOS, *Antonio Agustín y su "Recollecta in Iure Canonico"*, in *Revista Española de derecho canonico*, 45 (1988), pp. 487-534.

⁷⁶ M.A. CUCCHI, *Institutiones Iuris Canonici nuper ab ipso autore auctae et recognitae*, Venetiis, 1566, p. 4r e v.

potesi di una pubblicazione del manuale del Cucchi suggerata dall'autorità pontificia, che completasse idealmente il *Decretum* e le collezioni di Decretali.⁷⁷

Il manuale del Cucchi nasce come puro libro di testo, come mero tentativo privato di rendere più agevole lo studio del diritto canonico per gli studenti dell'Università di Pavia, sul presupposto che la brevità, la diversità dello stile e dell'ordine rispetto alle *Summae*, potessero facilitare il lettore nella fatica dello studio.⁷⁸ Come le *Institutiones* del Lancellotti, infatti, esso è rivolto "*Iuris Canonici Studiosis*" e, come si legge nel suo breve proemio, anche le ragioni che hanno spinto alla sua redazione sembrano essere identiche, almeno in parte, a quelle sottolineate dal giureconsulto perugino.⁷⁹

Il manuale del Lancellotti, invece, nasce "*jussu et nomine B[eatitudine] V[estra]*"⁸⁰ e, pertanto, con l'esplicita caratteristica di essere un manuale istituzionale voluto dal pontefice al fine di rendere completo il percorso formativo degli studenti di diritto canonico; solo le sfortunate circostanze, dunque, ne hanno fatto un'opera privata.

⁷⁷ *Superest autem ad cumulum votorum pro te in hac re suscipiendorum Deum immortalis precari, ut aliquando alicui Pontifici Max. in mentem venit deliberare, an expediat, ut etiam publica auctoritate, totiusque curiae Rom. decreto ijs quatuor libris vis, et nutus legis rogatae accedat, sicut libro Institutionum in Iure Civili inesse videmus, cum in eis nihil quicquam positum esse constet, quod Sanctorum Patrum sanctionibus dissentaneum sit, aut ab eis discrepet [...].* M.A. CUCCHI, *Inst. cit.*, p. 4v.

⁷⁸ Afferma il Cucchi di aver riversato nella sua opera "*tamquam in vasculum, succum ex toto Pontificij Iuris corpore delectum [...]* quae ex pluribus voluminibus Decretorum, et Decretalium epistolarum, Sexti, Clementinarum, et extravagantium Constitutionum, et Conciliorum, petenda Iuris praecepta essent [...]. (Ibidem), p. 5r. Poco più oltre si legge ancora: "[...] eaque sic in promptu se se offerent, ut singulae fere orationes praeceptionibus, et documentis scateant, ut iam non praecepti unius gratia integra pagina cum longa facti narratione legenda fit [...]. Spero autem brevitatem et stili ordinisque diversitatem, lectorem facilius allicere, et minore cum fastidio morari posse, quam prolixa Goffredi, et Hostiensis Compendia (quas Summas vocant) [...]" (Ibidem).

⁷⁹ Dopo l'intestazione "M. ANTONIUS CUCCHUS, *Iur. Canon. Studiosis S[alutem]*", l'autore scrive "*Cum tam Iuris Cesarei disciplina, quam caeterae fere omnes propria quaedam habeant principia, ex quibus possint tyrones ea praecepta haurire, quae ad interiorem doctrinam ducant, et quodammodo viam sternant, sola vero Iuri Pontificij scientia hoc commodo careret, non inutilem rem nec vobis studiosi ingratis me facturum existimavi, si hoc, quod desiderari videbatur, ego pro viribus praestitsem [...]*" (Ibidem).

⁸⁰ Così si legge nella relazione della commissione composta dai cardinali Accoramboni, Oradini ed Alciato che revisionò l'opera del Lancellotti per ordine del pontefice Paolo IV. Cfr. *Commentarium*, I, p. 456.

Non così il manuale del Cucchi nel quale piuttosto sembrano potersi rinvenire tratti di particolare prudenza da parte dell'autore, il quale si sofferma persino a precisare il significato da attribuire al termine "*Institutiones*". Affinché nessuno critichi la sua scelta di intitolare così il suo manuale, egli afferma che al termine "*Institutio*" (termine utilizzato già da Giustiniano per il suo manuale) non bisogna ricollegare il significato esclusivo di "pubblica autorità di legge" dal momento che, invece, molte opere si fregiano di questo titolo (si pensi alle *Institutiones oratoriae*, alle *Institutiones Divinae* e a quelle grammaticali) pur non rivestendo tale autorità.⁸¹

Chiara, a questo punto, è la diversità di posizione dei due giureconsulti. Infatti, sebbene ambedue si fossero dimostrati attenti alle necessità scientifiche e ritenessero necessario riorganizzare e sistemare il diritto canonico, tuttavia, le preoccupazioni espresse dal Cucchi (a differenza del Lancellotti, che aveva osato presentare al papa il disegno di redigere un'opera di *Institutiones*)⁸² sembrano quasi un tentativo di giustificazione del suo operato, anche se, dalle succinte espressioni da lui utilizzate nel breve proemio dell'opera, non si riesce a ricostruire il motivo di tanta prudenza.

Un altro aspetto differenziale delle *Institutiones* di Cucchi da quelle del Lancellotti riguarda il contenuto e la sistematica dell'opera.

Ciò che colpisce, a prima vista, è l'estrema brevità delle prime rispetto alle seconde; a differenza poi del Lancellotti, non v'è cenno nel Cucchi di alcuna tripartizione in *personae*, *res* e *iudicia*.⁸³ Ne viene che gli argomenti, rigorosamente suddivisi nell'opera del Lancellotti, nelle *Institutiones* di Cucchi si rinvengono dispersi nei vari libri.

⁸¹ "[...] Ne quis tamen nos carpat, quod eundem titulum, quem Iustinianus Caes. operi nostro praescripserimus, sciat Institutionum vocabulum non legum auctoritatem sonare (et si illae Iustiniani ab authore hanc vim nancisci potuerint) quod libri Institutionum oratoris, Institutionum divinarum, Institutionum Grammatices, alijque huiusmodi perspicue declarant, quare nihil in hoc titulo esse puto, quod nobis arrogantiae adscribi possit" (M.A. CUCCHI, *Instit.*, Proemium, p. 5v).

⁸² G.P. LANCELOTTI, *Instit. cit.*, Proemium, p. 3.

⁸³ Dopo una puntuale descrizione delle fonti canoniche (*Instit. cit.*, pp. 5-16), il Lancellotti propone, al modo di Giustiniano, la *summa divisio* del diritto canonico. Così scrive il giureconsulto perugino: "*Versatur autem Ius Canonicum circa tria, circa personas, res et iudicia*" (*Instit.*, p. 16). Sulla base di questa indicazione, egli suddivide rigorosamente la materia del diritto canonico trattando nel primo libro delle *personae ecclesiasticae*, nel secondo delle *res ecclesiasticae*, suddivise in *spirituales* e *temporales*, nel terzo del *iudicium* civile e nel quarto di quello criminale e delle pene canoniche.

Ciò dimostra che al fondo del manuale di Cucchi non vi è una elaborazione sistematica, uno studio delle caratteristiche della struttura e della natura dei diversi istituti i quali, dunque, sono descritti senza una vera e propria articolazione sistematica, alternativa a quella dello schema del *Liber Extra*, ma piuttosto con l'unico fine di facilitare l'apprendimento del diritto canonico attraverso un linguaggio più comprensibile, l'indicazione delle fonti e una precisa rappresentazione degli istituti normativi.

Qualche esempio può servire a comprendere meglio quanto si è affermato.

Mentre gli argomenti riguardanti i regolari, la vita e l'onestà dei chierici, i chierici non residenti, le prebende e i benefici, in Lancellotti trovano la loro collocazione nel primo libro del suo manuale in quanto argomenti che attengono alle *personae ecclesiasticae*⁸⁴, in Cucchi sono trattati nel secondo libro, insieme ad argomenti riguardanti esplicitamente le *res* (case dei religiosi, edificazione, consacrazione, alienazione delle chiese, peculio dei chierici, testamento ed ultime volontà, sepolture).⁸⁵

Allo stesso modo può dirsi per i sacramenti. Mentre in Lancellotti sono trattati nel secondo libro tra le *res spirituales*, nel manuale di Cucchi trovano posto nel terzo libro, insieme con la materia riguardante i giudizi e sono esposti in maniera estremamente sintetica.⁸⁶ L'a-

⁸⁴ G.P. LANCELOTTI, *Instit. cit.*, *De regularibus et monachis*, Lib. I, Tit. 30, pp. 121 ss.; *De vita et honestate prelatorum*, Lib. I, Tit. 12, pp. 41 ss.; *De clericis non residentibus*, Lib. I, Tit. 29, pp. 118 ss.; *De praebendis et alijs beneficiis*, Lib. I, Tit. 26, pp. 87 ss.

⁸⁵ Nella prima parte del secondo libro il Cucchi affronta argomenti riguardanti ancora le "persone" nei seguenti titoli: *De Regularibus*, *De vita et honestate Clericorum*, *Qui clerici matrimonium contrahere possunt, qui non*, *De clericis non residentibus*, *De voto*, *De praebendis*, *Quibus modis Beneficia vacent*, *De prohibita Beneficiorum multiplicitate* (Tit. I-VIII, pp. 49r-73v). Subito dopo prende ad occuparsi di argomenti che il Lancellotti tratta nel secondo libro riguardante espressamente le "cose": *De unionibus*, *De pensionibus*, *De iure patronatus*, *De religiosis domibus, earumque subiectione*, *De consecratione Ecclesiae, vel Altaris*, *De Ecclesiis aedificandis, sarciendis et restituendis*, *De renunciatione*, *De permutatione beneficiorum*, *De immunitate Ecclesiarum*, *De decimis*, *Quando et quibus solennitatibus res Ecclesiae alienari possunt*, *De peculio clericorum*, *De testamentis et ultimis voluntatibus*, *De sepulturis* (Tit. IX-XXII, pp. 73v-96v).

⁸⁶ Il Lancellotti apre il secondo libro con la trattazione dei sacramenti non dopo aver operato all'interno delle *res* la *summa divisio* tra *res spirituales* e *res temporales*, suddividendo ancora le *res spirituales* in *incorporales* e *corporales* e collocando sistema-

ver accomunato, dunque, in un unico libro la materia sacramentale, oggetto di particolare speculazione dottrinarica, con quella processuale sembrerebbe mostrare in maniera evidente l'indifferenza di Cucchi per la finalità sistematica.

Ulteriore conferma è data dal fatto che mentre in Lancellotti la materia dei giudizi è trattata diffusamente ed è divisa in due libri (il terzo che si occupa dei giudizi civili ed il quarto di quelli criminali, insieme alle pene canoniche), nel manuale del Cucchi è fatto solo un breve accenno all'argomento generale dei giudizi e quasi tutto il quarto libro è dedicato alla descrizione di alcuni reati canonici e delle pene canoniche.⁸⁷

ticamente i sacramenti fra queste ultime. Scrive, infatti, il Lancellotti: "*Incorporales sunt, quae neque tangi, neque sensu corporeo percipi possunt, quales sunt virtutes et dona Dei, aut quae in iure consistunt. Corporales sunt, quae tangi, et humanis sensibus percipi possunt. Harum autem quaedam sunt Sacramenta, quaedam sacrae sunt, et sanctae, quaedam religiosae*" (*Instit.*, Liber II, Tit. 1, p. 132). In particolare, poi, il Lancellotti definisce il sacramento "*invisibilis gratiae visibilis forma ita quod eius similitudinem gerens et causa existat*", procedendo immediatamente ad operare un'ulteriore *summa divisio*: "*Sacramentorum summa divisio haec est, quod aut sunt necessaria, aut voluntaria. Necessaria sunt, quae sine interitu salutis aeternae praetermitti, et contemni non possunt [...]. Voluntaria sunt quae sine salutis dispendio, pro cuiusque arbitrio recipi possunt, et refutari [...]*" (*Instit.*, Lib. II, Tit. 1, p. 133). Poco più oltre, lo stesso giureconsulto propone un'ulteriore distinzione dei sacramenti fra quelli che imprinono e quelli che non imprinono il carattere (*Instit.*, Lib. II, Tit. 2, p. 134), proseguendo poi nella loro definizione e descrizione. Questa costruzione non si riscontra nell'opera del Cucchi il quale prende a trattare i sacramenti all'inizio del terzo libro, senza inquadrarli sistematicamente né operarne alcuna divisione. Egli si limita a definirli "*tamquam signa et vexilla congregationis illius, quae Ecclesia appellatur, sub quibus in unum fideles congregantur [...]*" (*Instit.*, Liber III, Tit. 1, p. 97r); poco più oltre lo stesso Cucchi così si esprime: "*Est autem Sacramentum corporeum quoddam Elementum, extrinsecus cum sensu inflictum, invisibilia et incorporalia propter similitudinem referans, et propter institutionem significans, ideoque dicuntur Sacramenta, quia in eis aliud videtur, aliud intelligitur, quod cernitur, speciem habet corpoream, quod percipitur, fructum habet spiritalem, unde a secretis virtutibus, vel a sacris Sacramenta dicuntur, quia sub tegmento corporalium rerum divina virtus secretius salutem eorundem Sacramentorum operatur*" (*Instit.*, Lib. III, tit. 1, p. 97v). Dopo aver accennato alla distinzione tra sacramenti necessari e no, passa a trattare, nell'ordine classico, dei singoli sacramenti.

⁸⁷ Il terzo libro delle *Institutiones* del Lancellotti si apre con il titolo *De iudiciis et illorum divisione* (*Instit.*, Liber III, Tit. 1, p. 262 ss.) Il giureconsulto, dopo aver definito il giudizio come "*discussio causae quae rite fit in foro coram iudice*", precisando immediatamente anche che "*causa vero est origo negotij et materia iudicij*", procede come di consueto operando una *summa divisio* fra *iudicia saecularia* e *iudicia ecclesia-*

Insomma, mentre il manuale del Cucchi, si configura come una sorta di epitome della materia nella quale i concetti fondamentali sono esposti brevemente e con stile "istituzionale", il manuale del Lancellotti riversa tutto il contenuto del diritto canonico entro la sistematica delle *Institutiones Iuris Civilis* e lo ordina con metodo dialettico: ciò ne fa un'opera diversa e singolare dal punto di vista metodico e didattico.

stica, sottolineando che i giudizi ecclesiastici sono quelli che "*coram iudice ecclesiastico inter personas ecclesiastica agitantur*" (*Ibidem*). Per tutto l'intero libro il Lancellotti si occupa della materia processuale canonica, occupandosi dei giudici (e degli arbitri) e del processo vero e proprio, a partire dalla *vocatio in ius*, passando per le prove e per i provvedimenti d'urgenza, per giunger ai vari tipi di sentenze, alle *res judicata* e all'appello. Nel quarto libro, invece, tratta dei giudizi criminali e delle pene canoniche, non senza aver prima avvertito che "*criminalia iudicia nihil ferme simile habent cum caeteris iudicijs, de quibus proxime locuti sumus: magnaue diversitas eorum est, et in istituendis, et in exercendis*" (*Instit.*, Liber IV, Tit. 1, pp. 371-372). Nel manuale del Cucchi, invece, poco spazio è riservato ai giudizi ecclesiastici. In particolare, la materia, introdotta da un tentativo impreciso di definizione dei giudizi ("*Iudicium est actus trium personarum in Iudicio, id est, in loco Iudicij contententium, idque vel coram Iudice ordinario, vel coram Delegato exercetur [...]*" (*Instit.* Liber III, Tit. 16, p. 119r), inizia ad essere trattata nel terzo libro al titolo XVI, *De iudicijs*, passando per il titolo XVII, *De iudicijs privatis*, per concludersi al titolo XVIII, *De iureiurando* (*Instit.*, pp. 119r -137r). Soltanto il quarto libro si mostra in apparenza più simile a quello del Lancellotti. Infatti, in esso anche il Cucchi, dopo aver introdotto brevemente il giudizio criminale, passa ad occuparsi dei reati e delle pene canoniche.

Appendice n. 1

Archivio di Stato di Roma, Miscellanea famiglie, busta 90, fasc. 14, ff. 725r-726v

A lato: 1585 Forma aggregationis in familia

Scipio Lancellottus tituli Sancti Simeonis Sanctae Romanae Ecclesiae Diaconus Cardinalis clarissimis Jureconsultis Perusinis DD. Joanni Paulo ac Roberto Lancellottis salutem in Domino ac perpetuam felicitatem.

Non sine gaudio atque iucunda animi nostri voluptate nuper accepimus quod in nobilissima vestra Perusina Patria ab antiquissimo tempore vigit honestissima vestra Lancellottorum familia, quam vos etate nostra non solum per multos annos in celeberrimo Perusino Gimnasio utrumque ius non cum minori auditorum utilitate, quam vestri quoque nominis celebritate publice interpretando, verum etiam in Ro[mana] Cu[ria] admirationis munus laudabiliter exercendo, ac demum splendissimis literarum per vos editis monumentis atque aliis bonis artibus illustriorem reddidistis: quia in re nostre familie quae pariter Lancellottorum nomine in hac Alma Urbe multis iam seculis insignitur, et Illustrissimorum virorum fama decoratur tantam similitudinem gerere dignoscitur ut facile quemlibet hec reputantem in eam sententiam trahere possit utramque familiam ab eisdem progenitoribus duxisse originem, nisi insignium diversitas ei rei nonnullam dubitationem forte afferret.

Verum quia rationi non admodum congruere videtur, ut quos cognomen, professio et benevolentia et forsitan origo coniungit sola insignium ratione disiungantur predictis rationibus et presertim vestra non vulgari virtute moti ac desiderio quoque vestro inclinati annuentes.

In nomine Sanctae et Individuae Trinitatis Vos Joannem Paulum et Robertum prefatos nec non contemplatione vestra Vincentium Fratrem vestrum Germanum et cuiusque vestrum filios ac descendentes, et demum familiam vestram familie nostre, quatenus diversae essent, omni meliori modo quo possumus et volumus aggregamus, unimus, annectimus et incorporamus et de cetero in omnibus et per omnia haberi volumus ac si non solum nomine verum etiam origine, ac in veritate eadem esset Lancellottorum familia eademque agnatis comunicantes nobis ac vestrum cuilibet ac descendantibus vestris ac Lancellottorum familie vestre Perusine iam insignia iuxta infrascriptum exemplum alias quascumque familie nostre Lancellottorum Romane prerogativas

et privilegia quaecumque obtenta et in futurum forsan obtinenda declarantes et ex nunc statuentes nostram Romanam, et vestram Perusinam Lancellottorum familias unam et eandem esse, censi et reputari debere. Rogantes propterea in Domino omnes et singulos, quos de cetero huius aggregationis negotium quoquo modo tangere posset, ut familiam vestram et singulas illius personas uti vere cum nostra aggregatam in omnibus actibus semper admittant, recipiant et favorabiliter acceptent, pro ut nos admissimus recipimus et hilari ut prefertur animo acceptavimus.

In quorum omnium et singulorum fidem et testimonium ad aeternam huius a nobis geste et gravissime rei memoriam, presentes literas etiam manu nostra subsignatas per infrascriptum notarium nostrum subscribi, et publicari mandavimus sigilloque nostro quo in similibus utimur iussimus appensione communiri. Datum Romae in Edibus nostris sub anno Domini 1585 die vero... Februarii. Presentibus ibidem...

Deficit consensus Dominum P. fratris domini Cardinalis.

Sul retro:

1585./ Aggregatio DD. Joannis Pauli et Ruberti de Lancellottis in familiam Illustrissimi D. Scipionis Cardinalis Lancellotti.

Appendice n. 2***Lettera di Giovan Paolo Lancellotti al Card. Guglielmo Sirletti (1570)******BAV, Reg. lat., n. 2023 c. 209 r e v***

Ill.mo et R.mo Mons. et S.er mio Colend.mo

Mando a V.S. Ill.ma et R.ma la seconda editione de la mia Instituta fatta da me ch'è la giunta havendo consideratione de si altre fatte in Parigi Basilea et Aversa per opera d'altri.

Si degnerà darle ricetto tra gl'altri suoi libri come una volta ha dato ricetto a l'autore fra gl'altri suoi servitori. Et quando le paresse che l'opera e fatica mia non lo demeritasse la supplico che venendo per aventura occasione di far qualche buona relatione e offitio con N.S. si degni havermi per raccomandato per ciò ch'oltre la fatica di molti anni durata da me per tirare a fine questo libro ho lassato molti negotii che m'havrebbero recato utile e commodo e di più ho fatto notabili spese per venir a star lungamente in Roma a tempi difficilissimi mentre si faceva la censura di questo libro né mai ho havuta recognitione alcuna ne tampoca la spero se non per il mezo de i pari di V.S. Ill.ma e R.ma. Se le paresse ch'io passassi i termini de la modestia in scriverli di questo tenore scusemi il trovarmi la famiglia grave e in buon numero de figlioli che mi trovo a le spalle a quali tocca a me di provvedere oltre che la beneficentia del Principe parrebbe a me un testimonio efficace de la bontà de l'opera. Sarei venuto io in persona a dir la causa mia a S. S.tà ma l'esempio del Pontificato di Paulo IIII santa me[moria] mi sgomenta nel qual fui in Roma sì lungo tempo con tanto mio disagio e danno e senza alcun profitto; però torno di nuovo a supplicar V.S. Ill.ma e R.ma che se mai per aventura venisse buona occasione come forse sarebbe la vacanza d'una advocazione concistoriale si degni dir la causa mia il che oltre che ne terrò perpetuamente obbligo infinito. Sarà mi persuaso opera degna de la bontà sua e le bascio humilmente la mano. Di Perugia e li 17 di Maggio 1570.

Di V.S. Ill.ma e R.ma
humilissimo s[ervitore]
Io. Pavolo Lancillotti

***Minuta di responsiva al Sig. Gio: Paolo Lancillotto a 16 di giugno
[1570] da parte di Guglielmo card. Sirleto***

BAV, Vat. Lat. 6946 c. 156v

S. Gio: Paolo Lancillotto a 16 di Giugno.

Molto Mag.lo Sig.re come fratello.

Io ho ricevuta la Instituta che m'ha mandato V.S. et mi è cara [...] piacendomi la sua fatica non mancherò pigliar occasione s'io posso [con] metterla in consideratione a N.S. per giovarvi in questo et in ogn'altra cosa dove potrò farlo. Intanto N. S.re Iddio vi conservi con la sua g.ia [gratia]. Vostro.

ANNA MARIA DEL VECCHIO

Orientamenti e tendenze in tema di soluzione delle controversie internazionali (alla luce dei principi di tutela dei diritti umani fondamentali)

ABSTRACT

Questo studio si prefigge di evidenziare le più significative tendenze nella soluzione delle controversie internazionali, nel quadro delle organizzazioni internazionali e nella considerazione dei principali strumenti internazionali predisposti a tal fine.

ANNA MARIA DEL VECCHIO

ORIENTAMENTI E TENDENZE IN TEMA DI SOLUZIONE
DELLE CONTROVERSIE INTERNAZIONALI

(Alla luce dei principi di tutela dei diritti umani fondamentali)

SOMMARIO

1) *Considerazioni introduttive*; 2) *I metodi di regolamento delle controversie internazionali*. A) *Il potere di inchiesta del Consiglio di Sicurezza dell'ONU*. B) *Gli elementi caratterizzanti una controversia internazionale. La soluzione e l'estinzione delle controversie internazionali*. 3) *I negoziati diretti e la mediazione. La conciliazione obbligatoria su iniziativa unilaterale di parte. Le convenzioni internazionali in materia*. 4) *Problematiche connesse alla soluzione delle controversie internazionali. L'Agenda per la pace di Boutros Boutros-Ghali. La posizione dell'Assemblea generale e del Consiglio di sicurezza riguardo al principio della competenza interna*. 5) *Le varie fasi del procedimento di soluzione delle controversie deferite all'ONU. Il ruolo delle "peace keeping operations" nell'evoluzione successiva*. 6) *I rapporti tra il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite e la Corte internazionale di giustizia. Il problema del controllo sugli atti vincolanti del Consiglio. La questione delle sanzioni votate dal Consiglio di Sicurezza*. 7) *L'istituzione dei Tribunali penali internazionali "ad hoc" da parte del Consiglio di Sicurezza*. A) *La giurisdizione del Tribunale per la ex Jugoslavia e per il Ruanda*. B) *La Corte penale internazionale permanente*. 8) *Le organizzazioni e gli accordi regionali per la soluzione di controversie localizzabili. I rapporti con l'ONU*. A) *L'organizzazione per la cooperazione e la sicurezza in Europa (ex CSCE)*. B) *I meccanismi di soluzione elaborati nel quadro della CSCE, oggi OSCE*. 9) *Considerazioni preliminari circa la gestione delle relazioni economiche e commerciali nell'attuale realtà internazionale*. A) *L'organizzazione mondiale del commercio (WTO)*. B) *La soluzione delle controversie commerciali nel quadro dell'Organizzazione*. 10) *Il problema delle "contromisure" in diritto internazionale*. A) *Il progetto di articoli sulla responsabilità internazionali dello Stato*. B) *Le garanzie di applicazione del diritto umanitario*.

1. Da vari Atti e documenti risalenti al periodo della seconda guerra mondiale si desume il rapporto indissolubile esistente tra la protezione dei diritti umani e la pace universale. Si ricordi in particolare il messaggio del Presidente americano Roosevelt al Congresso del 6 gennaio 1941, in cui si proclamavano le quattro libertà: "freedom of speech and expression, freedom of every person to worship God in his way, freedom from want, freedom from fear". Nella Dichiarazione di principi nota come Carta Atlantica, proclamata dal Presidente Roosevelt e dal Primo ministro britannico Churchill il 14 agosto 1941 si affermò l'auspicio di "una pace che dia a tutte le nazioni i mezzi per vivere sicuri entro i loro confini ed assicurati che tutti gli uomini, in tutti i Pae-

si, possono vivere la loro vita liberi dal terrore e dal bisogno". A tali principi aderirono i Governi firmati della Dichiarazione delle Nazioni Unite, il 19 gennaio 1942.

La Commissione per i diritti umani, nel rapporto adottato al termine della sua prima riunione ristretta che si tenne dall'aprile al maggio 1946 con la presidenza di Eleanor Roosevelt, aveva chiesto al Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite di essere investita di una competenza generale, nella quale fosse compreso il potere di assistere il Consiglio di Sicurezza nei compiti ad esso affidati dall'art. 39 dello Statuto delle Nazioni Unite, indicando i casi in cui una violazione dei diritti umani commessa in uno Stato fosse suscettibile, per la sua gravità, frequenza o natura sistematica, di costituire una minaccia per la pace. L'ipotesi di affidare alla Commissione un ruolo in materia di tutela della pace e della sicurezza internazionali non venne però accolta dal Consiglio Economico e Sociale, che acconsentì però ad estendere il mandato della Commissione a "tutte le altre questioni concernenti i diritti umani non ricomprese nel mandato originario". Si trattava del primo passo verso l'elaborazione di una serie di norme e di principi che hanno trovato compiuta espressione nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo approvata dall'Assemblea generale il 10 dicembre 1948, e nei successivi Patti (sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali) approvati dall'Assemblea generale nel 1966 ed entrati in vigore internazionale nel 1976, al momento del deposito del 35° strumento di ratifica¹.

Il rispetto dei diritti umani fondamentali si pone, in una molteplicità di casi, in un rapporto di interconnessione e interdipendenza rispetto alla promozione e al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, per cui viene avvertito, nelle società civili, come un'esigenza imprescindibile.

Nel Preambolo dello Statuto delle Nazioni Unite viene riaffermata "la fede nei diritti fondamentali dell'uomo, nella dignità e nel valore della persona umana, nella eguaglianza dei diritti degli uomini e delle donne e delle nazioni grandi e piccole" e per tali fini viene proclamata l'intenzione di "vivere in pace l'uno con l'altro in rapporti di buon vicinato" e di assicurare, mediante l'accettazione di principi e l'istituzione di sistemi, che la forza delle armi non sarà usata, salvo che nel-

¹ Vedi CONSO-SACCUCCI, *Codice dei diritti umani*, Padova, 201; SAULLE, *Dalla tutela giuridica all'esercizio dei diritti umani*, Napoli, 1999.

l'interesse comune; e la determinazione di impiegare strumenti internazionali per promuovere il progresso economico e sociale di tutti i popoli.

Di conseguenza la protezione dei diritti umani è venuta ad assumere il carattere e la dimensione di un problema internazionale; in quanto correlata all'obiettivo del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, va considerata in conformità con principi di giustizia e nel rispetto delle norme di diritto internazionale di "jus cogens".

Nel concetto di "giustizia internazionale" vengono comunque ricondotte non soltanto le soluzioni conformi al diritto internazionale vigente, ma anche quelle considerate giuste ed eque dal punto di vista etico e politico, le quali, però, necessitano, oltre che del consenso delle parti in contesa, del sostegno costante da parte della comunità internazionale, la quale è in primo luogo comunità di stati, ma anche comunità di individui e popoli. Il ruolo delle organizzazioni internazionali non governative in proposito è ben noto. Esse non soltanto aggregano e organizzano su scala internazionale le domande che provengono dalle società e dai contesti nei quali operano², ma svolgono un ruolo attivo anche rispetto alle organizzazioni internazionali governative – presso le quali godono di uno "status" consultivo – in quanto portatrici di nuove istanze su questioni a loro parere meritevoli di essere affrontate.

Dipende ovviamente dall'atteggiarsi in concreto di questioni e di controversie nell'ambito internazionale, e dalla prospettiva soggettiva che, nel quadro di una controversia pericolosa per la pace e per la sicurezza internazionale, ovvero suscettibile di alterare equilibri politici ed economici nel contesto internazionale, possa venire data agli atteggiamenti di volontà delle parti in contesa, alla loro posizione e alle loro pretese reciproche, oltre che, ovviamente, dalla sostanza stessa della contesa.

Assume in primo luogo rilevanza la distinzione tra controversie giuridiche e controversie politiche. È giuridica una controversia in cui le parti avanzano pretese e oppongono resistenze fondate su argomentazioni di diritto internazionale vigente. Politiche sono invece le controversie in cui le parti configurano i loro atteggiamenti in base a con-

² Vedi, per alcuni interessanti rilievi in tema di organizzazioni non governative, CAFFARENA, *Le organizzazioni internazionali*, Bologna, 2001, p. 44 e ss.

siderazioni extra giuridiche, di giustizia e di opportunità, chiedendo un mutamento della situazione di diritto³.

Sovente le controversie internazionali presentano un carattere misto. Ciò si verifica nel caso in cui questioni giuridiche si innestano nel contesto di controversie politiche, ovvero nell'ipotesi in cui controversie politiche presentino aspetti giuridici. Ciò rende necessaria una cooperazione funzionale tra l'organo giurisdizionale competente per la soluzione delle controversie giuridiche, e l'organo politico chiamato a pronunciarsi sui contenuti più propriamente politici della questione controversa.

2. Tra i metodi di regolamento delle controversie internazionali si distingue tra i metodi pacifici ed amichevoli e quelli non pacifici e coercitivi. Tra i secondi vanno annoverati le rappresaglie, la ritorsione, l'intervento militare, la guerra, le controversie armate. Tra i metodi amichevoli vanno ricompresi i negoziati, i buoni uffici, la mediazione, l'inchiesta, la conciliazione e l'arbitrato.

I metodi pacifici, al termine del primo conflitto mondiale, sono stati inquadrati nel sistema di regolamento previsto nel Patto della Società delle Nazioni. Tale sistema fu messo in crisi dagli avvenimenti che dettero luogo alla seconda guerra mondiale e formalmente estinto nel 1946; esso è stato sostituito dal sistema di sicurezza collettiva delle Nazioni Unite, affiancato dal procedimento innanzi alla Corte internazionale di Giustizia, che ha preso il posto della Corte permanente di Giustizia internazionale.

A tali metodi di regolamento su scala universale vanno aggiunti i sistemi istituiti nel quadro di organizzazioni particolari e regionali, nel cui ambito viene disciplinato il diritto di autodifesa collettiva, il quale trova espressa legittimazione nell'art. 51 dello Statuto delle Nazioni Unite, che ne definisce anche i limiti, con riferimento alla responsabilità principale del Consiglio di Sicurezza in tema di mantenimento della pace e della sicurezza internazionale.

Per quanto concerne i metodi pacifici di composizione delle controversie internazionali, si distinguono i metodi giuridici, o di regolamento giuridico, ed i metodi politici o di regolamento politico, i quali

³ Vedi ARANGIO RUIZ, voce "Controversie internazionali", in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1962, vol. X, p. 391; MORELLI, *Nozioni ed elementi costitutivi della controversia internazionale*, in *Riv. Dir. Internaz.*, 1960, p. 405 e ss.

vanno rapportati al modo di atteggiarsi – soggettivo ed oggettivo – della contesa. I metodi di regolamento giuridico si sostanziano nell'arbitrato e nel regolamento giudiziario; quelli politici nei buoni uffici, nella mediazione e nella conciliazione, facoltativa o obbligatoria. La conciliazione obbligatoria, con l'intervento di un terzo "super partes", può essere attivata su iniziativa unilaterale, previa adesione a clausole contenute in accordi internazionali.

Una significativa tendenza in materia di composizione di controversie internazionali, che trova sostenitori in ampi settori della società civile, consiste nell'affievolirsi della diffidenza ad accettare che le controversie internazionali possano venire sottoposte, con ricorso unilaterale di una delle parti, ad organi giurisdizionali ed arbitrali, oltre che a procedimenti diplomatici quali la mediazione e la conciliazione. Si tende infatti al superamento del principio tradizionale relativo alla soluzione delle controversie internazionali ad opera di un terzo (o di terzi) "super partes", in quanto ancorato al consenso di tutte le parti interessate, ai fini del deferimento al giudizio imparziale di soggetti estranei alla contesa⁴. È comunque necessario che la soluzione in tal modo deliberata venga condivisa ed effettivamente attuata da ognuna delle parti in contesa.

Anche a tale proposito assume significato particolare l'inchiesta, la quale può assumere un carattere strumentale rispetto ad altri metodi, per cui è riscontrabile la tendenza ad inserirla nel quadro di altre procedure diplomatiche, quali i buoni uffici, la mediazione e la conciliazione⁵. Le risultanze delle inchieste presentano in genere un carattere di rigidità, che rende le parti in contesa scarsamente inclini a sottoporvisi di buon grado.

a) Nel sistema dell'ONU di soluzione pacifica delle controversie pericolose per la pace il potere di inchiesta – che pure è indicato dall'art. 33 della Carta di San Francisco tra i mezzi liberamente scelti dalle parti – è affidato in linea principale al Consiglio di Sicurezza in base all'art. 34 della Carta. Il Consiglio sembra disporre di un potere di inchiesta assai ampio, tale da consentirgli di acquisire tutti gli elementi

⁴ In questo senso vedi le pertinenti argomentazioni di TREVES, *Le controversie internazionali*, Milano, 1999.

⁵ I buoni uffici e la mediazione sono stati usati talora in combinazione con l'inchiesta dalla Società delle Nazioni Unite e dalle Nazioni Unite.

di fatto necessari a fare luce su controversie e situazioni pericolose per la pace e per la sicurezza internazionale⁶. L'attività inquirente del Consiglio è integrata dagli strumenti messi a disposizione di esso dagli Stati, dagli altri organi delle Nazioni Unite e dalle organizzazioni internazionali collegate.

Fermo restando che la finalità precipua dell'inchiesta è quella di accertare i fatti per valutarne la pericolosità, le modalità di svolgimento di essa possono variare. Da una analisi della prassi dell'ONU emerge che sino agli anni ottanta il Consiglio di Sicurezza effettuava per lo più inchieste in modo diretto, inviando sui luoghi di crisi alcuni suoi membri. In epoca più recente il Consiglio si è avvalso solitamente di commissioni di inchiesta create dal Segretario generale in base all'art. 98 della Carta. Si è infatti assistito ad un rafforzamento progressivo del ruolo del Segretario generale, che viene considerato, per la sua posizione di indipendenza, come l'organo più indicato per lo svolgimento delle indagini. Ovviamente gli Stati membri delle Nazioni Unite interessati alle inchieste hanno il compito di prestare la loro collaborazione allo svolgimento di esse; a ciò sono chiamati dall'impegno generale assunto in virtù dell'art. 2-5° cpv. della Carta dell'ONU. Ai membri delle Nazioni Unite coinvolti in una controversia di competenza dell'organizzazione si richiede una politica di apertura del loro territorio alle missioni di inchiesta predisposte dall'ONU. Il potere di inchiesta può assumere una funzione strumentale anche riguardo all'adozione di misure coercitive nel quadro del Cap. VI della Carta⁷.

Le controversie rientranti nella competenza delle Nazioni Unite – e, in via principale, del Consiglio di Sicurezza – sono le controversie con un notevole grado di pericolosità per la pace e la sicurezza nel quadro delle relazioni interstatuali: le vertenze, cioè, in cui siano coinvolti, al di là di ogni ordine statale, due o più enti statali sovrani, soggetti del diritto internazionale così detto pubblico⁸. Le controversie internazionali fra individui o fra uno o più individui e uno o più Stati si traducono in controversie internazionali in senso proprio solo alle condizioni e a partire dal momento in cui lo Stato o gli Stati da cui

⁶ Per una trattazione sistematica dei mezzi e dei metodi previsti nella Carta dell'ONU per la soluzione delle controversie pericolose per la pace vedi in particolare, nella dottrina italiana, CONFORTI, *Le Nazioni Unite*, 6° ed., Padova, 2000; MARCHISIO, *L'ONU. Il diritto delle Nazioni Unite*, Bologna, 2000 anche per la prassi in materia.

⁷ Cfr. MARCHISIO, *op. cit.*, p. 207 e ss.

⁸ Vedi ARANGIO RUIZ, voce "Controversie internazionali", *cit.*, p. 387.

gli interessati provengono facciano proprie, in maggiore o minore misura, le pretese dei loro nazionali (persone fisiche o giuridiche)⁹.

L'individuo non gode infatti della soggettività nell'ordinamento internazionale, pur notandosi una costante evoluzione nel senso della protezione degli interessi individuali. Basti pensare alle convenzioni internazionali che accordano l'accesso ad un tribunale internazionale agli individui (previo, comunque, l'esaurimento dei mezzi di ricorso interni, come avviene ai fini dell'instaurazione di procedimenti innanzi alla Corte europea dei diritti umani), ed alla protezione internazionale riconosciuta da accordi "ad hoc" a persone appartenenti a gruppi di minoranze di lingua, razza o religione. I privati non possono comunque adire direttamente la Corte internazionale di Giustizia in sede giurisdizionale.

b) Nel concetto di controversia internazionale si accentua la situazione di contrasto tra la pretesa di un soggetto e la resistenza dell'altro riguardo ad un conflitto di interessi. Ciò implica che entrambi i soggetti siano attivi per far prevalere ciascuno la propria pretesa; in questo senso la controversia va distinta dal mero conflitto di interessi¹⁰.

Secondo la definizione elaborata da Morelli¹¹ la controversia sarebbe legata al conflitto di interessi in quanto gli atteggiamenti contrastanti in cui essa si concreta sarebbero atteggiamenti delle parti "in ordine ad un loro conflitto di interessi", per cui il conflitto di interessi non sarebbe che il presupposto ed il punto di riferimento dei contrastanti atteggiamenti delle parti e, quindi, della controversia. Tra le varie figure di controversie internazionali l'ipotesi più frequente è che alla pretesa di uno Stato si opponga, da parte dello Stato verso il quale la pretesa è fatta valere, non già la contestazione della pretesa, bensì il semplice inadempimento della pretesa medesima. Può inoltre verificarsi il caso in cui uno Stato leda con un suo comportamento inte-

⁹ Un accesso diretto da parte dei privati ai procedimenti di soluzione delle controversie internazionali non è normalmente consentito. Essi debbono passare per il "filtro" degli Stati per chiedere che i loro interessi lesi da soggetti di altri Paesi (Stati o privati che siano), vengano difesi con l'attivazione di procedure internazionali.

¹⁰ In questo senso anche SAULLE, *Lezioni di organizzazione internazionale*, vol. I, Napoli, 1993, p. 55; IDEM, *Lezioni di organizzazione internazionale*, vol. I, Le organizzazioni internazionali a livello mondiale e regionale, 2ª ed., Napoli, 2002, p. 98 e ss.

¹¹ Cfr. *Nozioni ed elementi costitutivi della controversia internazionale*, cit. p. 405 e ss.

ressi (reali o presunti) di un altro Stato, e questo vi opponga una protesta¹²

Riguardo all'atteggiarsi di una controversia internazionale possono aversi tante varianti: ciascuna di esse ha comunque alla base contrastanti manifestazioni di volontà.

Circa una precisa distinzione tra controversie giuridiche e controversie politiche, va detto che essa non appare sempre agevole, dato l'intreccio di situazioni e di contenuti che le controversie internazionali spesso presentano. Più che ricercare precisi criteri di distinzione, occorrerebbe porsi il problema concreto dell'interpretazione dei singoli metodi di regolamento internazionale, onde accertarne la possibilità di efficacia ai fini della soluzione delle controversie in questione. Il problema si pone in termini di efficacia soprattutto quando sono in gioco questioni di "sicurezza nazionale" o "interessi vitali" di Stati o di comunità umane. In dottrina si tende a distinguere tra il concetto di "estinzione" di una controversia e quello di "soluzione". Si tratterebbe infatti di due fenomeni che "appunto perché diversi, non coincidono mai; essi possono soltanto coesistere"¹³. Può aversi estinzione senza soluzione, come nel caso in cui venga meno la pretesa o la resistenza senza che nell'ordinamento giuridico sia introdotta alcuna nuova valutazione del conflitto di interessi. E può aversi anche soluzione senza estinzione nel caso in cui, nonostante la valutazione fattane, la controversia rimanga pendente.

Nell'ipotesi di accordo tra le parti contendenti, la controversia viene ovviamente a cessare per abbandono da parte di entrambi gli Stati contendenti delle rispettive posizioni. Dall'accordo, in quanto "fatto storico" che si identifica con un certo atteggiamento degli Stati risultante dalla loro partecipazione all'accordo, non deriva però, necessariamente, l'effetto giuridico dell'estinzione della controversia¹⁴.

È possibile che anche la soluzione derivante da una sentenza possa non essere accompagnata dall'estinzione della controversia in linea di

¹² MORELLI, *Nozioni ed elementi costitutivi della controversia internazionale*, cit., p. 405 e ss.

¹³ Vedi MORELLI, *Estinzione e soluzione di controversie internazionali*, in *Comunicazioni e studi*, vol. III, 1950, p. 47 e ss. Sulla distinzione tra soluzione (concetto giuridico) ed estinzione (concetto storico) delle controversie vedi anche GIULIANO, SCOVAZZI, TREVES, *Diritto internazionale*. Parte generale, Milano, 1991, p. 506.

¹⁴ Riguardo a tale considerazione vedi ARANGIO RUIZ, voce "Controversie internazionali" cit., p.393.

fatto, nel caso in cui la parte soccombente ritenga la sentenza ingiusta e si rifiuti di eseguirla. Ferma restando la considerazione che la decisione giudiziaria costituisce un elemento determinante ai fini dell'estinzione di una controversia in quanto crea "una valutazione giuridica del conflitto di interessi" che è alla base della controversia stessa. In proposito va comunque notato il profilarsi nell'ordinamento internazionale di una tendenza innovativa, nel senso dell'istituzione di un doppio grado di giurisdizione; in precedenza non veniva in genere ammessa la possibilità di ricorso contro sentenze arbitrali o giudiziarie internazionali¹⁵.

Il più importante e significativo superamento della tradizionale inimpugnabilità delle sentenze pronunciate tra Stati si trova, come si dirà, nell'Intesa OMC sulla soluzione delle controversie in materia di commercio internazionale. Ciò conferisce al sistema contenzioso dell'OMC una caratterizzazione non solo diplomatico-negoziale, ma anche giurisdizionale. Poiché le controversie in questo settore riguardano spesso questioni suscettibili di alterare equilibri economici e commerciali tra Stati e aree di integrazione economica (come la Comunità europea), con il coinvolgimento di vari soggetti economici, la possibilità di un riesame induce ad una maggiore attenzione nella valutazione dei vari casi.

3. Il metodo più largamente usato, e al quale le parti ricorrono spesso nel tentativo di superare posizioni discordanti prima di tentare altre procedure, è il negoziato diretto. Tale metodo di soluzione diretta da esperire in prima istanza, è previsto in gran parte degli accordi bilaterali e plurilaterali per la soluzione pacifica ed amichevole delle controversie internazionali. Era previsto nell'art. 13 del Patto della Società delle Nazioni, e figura tra i metodi diplomatici elencati nell'art. 33 dello Statuto delle Nazioni Unite. Tale metodo comporta il dovere delle parti di adoperarsi in buona fede (cioè secondo principi di lealtà e di correttezza) per la soluzione delle controversie, in conformità con l'art. 2-2° cpv. dello Statuto. Nel caso di esito positivo il negoziato sfocia naturalmente nell'accordo che può segnare la fine della controversia, oppure in una intesa volta ad esperire altri metodi di soluzione.

¹⁵ Vedi in proposito SACERDOTI, *Il doppio grado di giudizio nelle giurisdizioni internazionali*, in *Comunicazione e Studi*, XXI, 1997, p. 153 e ss.

Altri metodi possono comunque entrare in combinazione con il negoziato: in particolare i buoni uffici, la mediazione e, anche in funzione strumentale rispetto ad altri metodi, l'inchiesta.

L'art. 33 della Carta delle Nazioni Unite annovera la mediazione tra i metodi diplomatici che le parti dovrebbero tentare prima di sottoporre la controversia al Consiglio di Sicurezza; anche l'art. 36 comprende implicitamente tale metodo tra quelli dei quali il Consiglio medesimo può suggerire l'esperimento. Nella prassi delle Nazioni Unite funzioni di mediazione sono in genere affidate al Segretario generale o a un suo rappresentante speciale, in quanto "suggeritore" neutrale ed autorevole di soluzioni o di mezzi di soluzione.

La Convenzione dell'Aja del 1899 (confermata nel 1907) sulla soluzione pacifica delle controversie internazionali conteneva, con riferimento alle Commissioni internazionali di inchiesta, una definizione del concetto relativo. L'art. 9 della Convenzione riteneva "utile et désirable que les parties qui n'auraient pu se mettre d'accord par les voies diplomatiques instituent, en tant que les circonstances le permettront, une Commission internationale d'enquête chargée de faciliter la solution de ces litiges en éclaircissant, *par un examen impartial et consciencieux*, les questions de fait»¹⁶. L'art. 35 della Convenzione precisava comunque che il rapporto della Commissione "limité à la constatation des faits, n'a nullement le caractère d'une sentence arbitrale", lasciando alle parti "une entière liberté pour la suite à donner à cette constatation".

Al fine di favorire il ricorso a questo metodo di soluzione da parte degli Stati, in conformità con l'art. 33 della Carta dell'ONU, l'Assemblea generale ha adottato diverse risoluzioni¹⁷. Con la risoluzione 2329 (XXI) del 18 dicembre 1967 l'Assemblea ha invitato gli Stati a tenere in maggiore considerazione, nella scelta dei metodi di soluzione, la possibilità di affidare l'accertamento dei fatti ad organizzazioni internazionali competenti o ad apposite commissioni di inchiesta, ed ha chiesto al Segretario generale di predisporre, in base alle indicazioni fornite dagli Stati membri, un registro di esperti, tra i quali le parti

¹⁶ Vedine il testo in "Le Nazioni Unite" a cura di L. FORLATI PICCHIO, in *Il diritto della civiltà internazionale*, Torino, 1998, p. 145 e ss.

¹⁷ Vedi, tra le altre, la Risoluzione 1967 (XVIII) del 16 dicembre 1963, la Risoluzione 2104 (XX) del 20 dicembre 1965, la Risoluzione 2182 (XXI) del 12 dicembre 1966.

in contesa potessero scegliere mediante accordo i componenti la Commissione.

Nell'evoluzione della prassi si è notata una certa tendenza ad abbandonare il principio della libera scelta dei metodi di soluzione pacifica delle controversie internazionali, in considerazione delle difficoltà e delle esitazioni connesse alle varie possibilità di scelta. Sempre più frequenti sono le commistioni, nei meccanismi di soluzione adottati dagli Stati o utilizzati nell'ambito delle Nazioni Unite, tra i tradizionali modelli e metodi di soluzione. Talora appare arduo qualificare con precisione le funzioni svolte dal Segretario generale delle Nazioni Unite, al fine di un inquadramento preciso di esse nell'ambito dell'attività di inchiesta, di buoni uffici o di mediazione¹⁸.

Un particolare significato riveste, tra i metodi tradizionali di soluzione pacifica, la conciliazione¹⁹. Tale metodo, inteso in senso proprio, consiste nell'affidare, mediante accordo, ad un organismo collegiale il compito di accertare i fatti controversi, e di sottoporre agli Stati in contesa proposte non vincolanti di soluzione. La procedura di conciliazione differisce dalla mera inchiesta in quanto aggiunge proposte di soluzione all'accertamento dei fatti, distinguendosi peraltro dai mezzi giudiziari quali l'arbitrato e il regolamento giudiziario, che consentono di pervenire alla soluzione della controversia mediante sentenza, con efficacia obbligatoria per le parti. La conciliazione di tipo classico è regolata in numerosi trattati bilaterali conclusi da varie Potenze a partire dall'inizio del secondo decennio del secolo ventesimo sino al secondo dopoguerra²⁰, nel conseguimento dell'obiettivo di moderare gli atteggiamenti delle parti onde evitare il ricorso alla violenza.

¹⁸ Una considerazione analoga può essere fatta in relazione agli inviati dell'OSCE o dell'Unione europea, ad es. in Bosnia, ovvero del governo degli Stati Uniti nei rapporti tra Israele e l'OLP. Vedi TREVES, *Le controversie internazionali* cit., p.27.

¹⁹ Cfr. ARANGLO RUIZ, voce "Controversie internazionali" cit., p. 401.

²⁰ Particolare significato presentano i Trattati "Bryan" (dal nome del Segretario di Stato americano) conclusi dagli Stati Uniti con vari Paesi a partire dal 1912 (*Treaties for the advancement of Peace*). Il sistema introdotto dai Trattati Bryan consisteva nell'accettazione, da parte dei contraenti, dell'obbligo di non ricorrere alla forza prima del decorso di un certo termine. Veniva quindi costituito a cura delle parti un organismo composto secondo il modello delle commissioni di inchiesta; le parti si impegnavano a sottoporre a tale organo qualsiasi controversia non soggetta ad arbitrato e non risolta mediante negoziato. Quantunque le parti non fossero vincolate ad accettare l'accertamento dei fatti e la soluzione suggerita dalla Commissione, poteva conseguirne un effetto positivo ai fini del raggiungimento di una soluzione concordata. Vedi EFREMOFF, *La conciliation internationale*, in *Recueil des cours*, 1927, III, p. 5 e ss.

In numerose convenzioni internazionali si trova la previsione di un certo meccanismo obbligatorio di conciliazione, nel senso della sottoposizione di una parte, ad iniziativa dell'altra, al meccanismo della conciliazione. Ciò segna un'evoluzione rispetto al principio tradizionale che richiede invece il consenso di tutte le parti alla controversia affinché questa possa essere devoluta all'esame di un terzo.

La conciliazione obbligatoria è stata introdotta per la prima volta nella Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati del 1969 (art. 66), ed è stata riaffermata e precisata nella Convenzione, sempre di Vienna, sulla rappresentanza di Stati nelle relazioni con organizzazioni internazionali di carattere universale del 1975; nella Convenzione di Vienna del 1978 sulla successione di Stati in materia di Trattati (art. 42); nella Convenzione di Vienna sulla successione degli Stati in materia di beni, archivi e debiti di Stato del 1983 (art. 43) e nella Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati fra Stati e organizzazioni internazionali e fra organizzazioni internazionali del 1986 (art. 66). Anche nella Convenzione di Vienna del 1985 sulla protezione della fascia di ozono, e in quella del 1982 sui mutamenti climatici e sulla biodiversità si trovano disposizioni analoghe.

La conciliazione obbligatoria è prevista anche in due articoli della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 10 dicembre 1982²¹: l'art. 297 e l'art. 298. Tali disposizioni riguardano, rispettivamente le "limitazioni" e le "eccezioni" facoltative alla applicabilità delle regole sulla soluzione obbligatoria delle controversie da parte di un giudice o di un arbitro, previste nella sezione 2 della parte V. La conciliazione obbligatoria non riguarda tutte le limitazioni né tutte le eccezioni facoltative alla giurisdizione obbligatoria previste dalla Convenzione. Tra le limitazioni di cui all'art. 297 essa riguarda soltanto quelle relative alle controversie in tema di ricerca scientifica marina e di pesca; delle possibili eccezioni facoltative di cui all'art. 298 essa riguarda soltanto quella relativa alle controversie in materia di delimitazione di aree marittime e di baie e di titoli storici. Per quanto concerne le controversie in tema di ricerca scientifica marina e di pesca "nella zona economica esclusiva" la sottoposizione incondizionata alla giurisdizione obbligatoria era apparsa ad un certo numero di Stati incom-

²¹ Per una analisi, se pure sintetica, della Convenzione e della funzione di conciliazione obbligatoria in essa prevista, vedi TREVES, *Le controversie internazionali*, cit., p.101 e ss.

patibile con i diritti sovrani e la giurisdizione riconosciuta allo Stato costiero nella suddetta zona e sulla piattaforma continentale. Altri Stati, invece, ritenevano che tale sottoposizione fosse necessaria per evitare un esercizio arbitrario di tali diritti sovrani e giurisdizione. Si addivenne pertanto ad una soluzione di compromesso con la previsione degli artt. 297 e 298.

Ovviamente le conclusioni della commissione di conciliazione non sono giuridicamente vincolanti per le parti; ciononostante esse hanno il peso di un giudizio imparziale, da cui le parti in contesa non possono discostarsi "alla leggera", anche perché il rapporto della Commissione, per quanto concerne in particolare le controversie in materia di pesca, "shall be communicated to the appropriate international organizations" (art. 297-3° cpv. (d)).

4. A vari livelli ed a varie riprese si è posto l'accento sulle problematiche connesse alla soluzione delle controversie internazionali, soprattutto quelle produttive di conseguenze in dimensione universale.

L'Agenda per la pace, elaborata nel 1992 dall'allora Segretario generale delle Nazioni Unite Boutros Boutros-Ghali, contiene alcune significative considerazioni circa le tendenze contraddittorie che caratterizzavano all'epoca la vita di relazione internazionale²². Tali considerazioni trovano riscontro anche nell'attuale travagliato contesto internazionale in cui, accanto ad aspetti positivi dati dal progresso tecnologico in crescita costante e da economie in sviluppo, esistono profonde crisi determinate da conflitti, dal terrorismo, da contestazioni violente, dal sottosviluppo, dalla carente situazione sanitaria dei Paesi sottosviluppati, dalla disparità tra i Paesi ricchi e quelli poveri, da problematiche ambientali, dalla crescita demografica incontrollata e dalla immigrazione clandestina. Tutto ciò è motivo di preoccupazione in quanto causa di situazioni di tensione e di instabilità in varie aree del mondo. Il ruolo di una organizzazione universale quale l'organizzazione delle Nazioni Unite, e delle Istituzioni specializzate collegate, oltre che delle organizzazioni non governative competenti, è volto a promuovere la pace, la stabilità e la sicurezza; come si è notato²³, esso deve "dépas-

²² Cfr. *International Legal Materials*, 1992, p.967. Per un commento all'Agenda vedi SCHRICKE, *L'Agenda pour la paix de Boutros Boutros-Ghali: analyse et premières réactions*, in *Annuaire français de droit int.*, 1992, p. 11 e ss.

²³ Vedi SCHRICKE, *L'Agenda pour la paix*, cit., p. 11 e ss.

ser le domaine de la menace militaire". Va fatto pertanto ogni sforzo per prevenire l'insorgere di controversie e di conflitti, la trasformazione di controversie in conflitti armati, l'estendersi di conflitti a largo raggio, nella ricerca delle cause più profonde dei contrasti e delle situazioni pericolose per la stabilità e la sicurezza.

Nell'Agenda succitata si è insistito particolarmente sulla opportunità di preservare l'integrità territoriale degli Stati e la stabilità dei sistemi statuali, pure nell'affermazione del rispetto dei diritti delle minoranze etniche, religiose e linguistiche, in modo da realizzare una maggiore coesione nei sistemi statuali multi-etnici.

Il Cap. III dell'Agenda tratta specificamente della diplomazia preventiva. Funzionali all'esercizio della diplomazia preventiva sono le consultazioni periodiche con e tra le parti di potenziali conflitti, attuali o passati, e con le organizzazioni regionali competenti. Per la soluzione di controversie di carattere locale si evidenzia il ruolo di tali organizzazioni, purché conformi ai fini e ai principi delle Nazioni Unite (art. 52 della Carta dell'ONU).

Nel quadro delle relazioni Est-Ovest assumono rilevanza, come si dirà, i meccanismi di soluzione predisposti nel quadro della CSCE-OSCE, pure se, almeno sinora, scarsamente attivati in concreto. È ovvio che, qualora le questioni controverse che oppongono le parti presentino aspetti marcatamente politici e coinvolgano interessi vitali -politici e strategici - degli Stati, il problema di trovare la soluzione "giusta" e condivisibile si fa più complesso. Difficile diviene poi operare una precisa qualificazione del caso nell'accertamento dei fatti e nell'intreccio degli interessi contrapposti. L'accordo tra i contendenti diviene talora l'unica soluzione possibile, anche se l'accordo può condurre a soluzioni che, pur non essendo conformi (o pienamente conformi) al diritto esistente, corrispondono ad una valutazione percepita come "giusta"²⁴. In questa ottica l'accertamento imparziale dei fatti e l'efficacia dei metodi impiegati vengono ad assumere una rilevanza essenziale.

Come si è già rilevato, nel sistema dell'ONU l'attività volta a raccogliere gli elementi di fatto necessari a chiarire controversie e situazioni ritenute pericolose (anche per accertarne l'effettiva pericolosità) si incentra nell'azione inquirente del Consiglio di Sicurezza cui spetta

²⁴ In senso conforme vedi le argomentazioni di TREVES, *Le controversie internazionali* cit., p. 78.

il compito di adottare, in via principale, le misure necessarie. L'intera organizzazione è comunque tenuta a seguire l'evoluzione degli eventi, che possono avere ripercussioni negative ai fini del conseguimento dell'obiettivo del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale²⁵.

In base alla Carta dell'ONU ogni Stato membro delle Nazioni Unite può richiamare l'attenzione del Consiglio di Sicurezza o dell'Assemblea generale sull'esistenza di una controversia allo scopo di determinare se la continuazione di essa sia pericolosa per la pace e la sicurezza internazionale (art. 35-1° cpv. della Carta). Per sollecitare l'attività conciliativa del Consiglio che può essere richiesta, in base all'art. 35-2° cpv. della Carta, anche da uno Stato che non sia membro delle Nazioni Unite, ma sia parte della controversia, e purché accetti preventivamente gli obblighi di soluzione previsti dalla Carta, esiste una competenza concorrente del Consiglio di Sicurezza e dell'Assemblea generale. Ferma restando la regola, di cui all'art. 12-1° cpv., per cui l'Assemblea generale deve astenersi dal fare raccomandazioni quando della stessa questione si stia occupando il Consiglio di Sicurezza.

Per quanto concerne i dibattiti in seno agli organi indicati, spesso altamente politicizzati, sarebbe auspicabile che si riuscisse a tenere in maggior conto "quell'elemento essenziale che è la buona o la malafede delle parti e dei loro sostenitori"²⁶.

Sia il Consiglio di Sicurezza che l'Assemblea generale sarebbero incompetenti nel caso in cui l'oggetto della controversia riguardi questioni che "appartengono essenzialmente alla competenza interna di uno Stato" (art. 2-7° cpv. della Carta dell'ONU). Da una analisi della prassi dell'organizzazione emerge comunque la tendenza ad interpretare questo limite in maniera restrittiva, la tendenza, cioè, ad occuparsi anche delle questioni interne, soprattutto quando si tratti di questioni inerenti a diritti umani fondamentali.

L'Assemblea generale, in particolare, in attuazione dei principi di tutela dei diritti umani ha svolto un'azione incisiva volta, oltre che all'elaborazione di importanti Atti internazionali in materia, alla condanna di certe misure di carattere interno, nel caso di gravi violazioni dei diritti umani, come in Sud Africa, Rhodesia e Cile. La posizione del Consiglio di Sicurezza è invece apparsa più cauta e sfumata.

²⁵ Vedi MARCHISIO, *L'ONU* cit. p. 223 e ss.

²⁶ Così ARANGIO RUIZ, voce "Controversie internazionali" cit., p. 418.

L'eccezione del limite del riservato dominio di cui all'art. 2-7° cpv. non pregiudica comunque l'applicazione di misure coercitive a norma del capitolo VII della Carta. Dalla prassi del Consiglio di Sicurezza emerge che l'adozione di misure coercitive ha talora implicato interferenze nella sfera del riservato dominio in connessione con sanzioni economiche adottate in base all'art. 41 della Carta dell'ONU²⁷. In sede di dibattito politico il concetto di riservato dominio o competenza interna degli Stati è talora apparso con connotazioni del tutto arbitrarie, per cui non è possibile trarne conclusioni univoche. Per quanto concerne i diritti umani, è comunque apparsa con evidenza la volontà delle Nazioni Unite di farli rispettare.

5. La Carta delle Nazioni Unite, richiamandosi, con soluzioni più incisive, al modello della Società delle Nazioni, articola in varie fasi il procedimento di soluzione delle controversie deferite all'organizzazione. Dal libero esperimento di mezzi non istituzionali scelti dalle parti in base all'art. 33 si passa alla funzione conciliativa del Consiglio che può esprimersi sino alla raccomandazione di "procedimenti o metodi di sistemazione adeguati" (art. 36-1° cpv.) o della "soluzione che ritenga adeguata" (art. 37-2° cpv.) per giungere sino all'adozione di misure coercitive attraverso un'azione operativa qualora, in base all'art. 39 della Carta, il Consiglio di Sicurezza abbia accertato l'esistenza di una minaccia alla pace, di una violazione della pace o di un atto di aggressione. Nella fase intermedia, qualora esista un grave pericolo che la controversia si aggravi, il Consiglio di Sicurezza, oltre a fare ricorso ad organi ausiliari come i rappresentanti speciali del Segretario generale con compiti di inchiesta, ha spesso attivato le c.d. "peace keeping operations".

Tale forma di intervento non era stata prevista dai redattori della Carta di San Francisco e non figura pertanto nella Carta medesima. Essa viene considerata "a metà strada" tra le misure conciliative di cui al capitolo VI e quelle coercitive di cui al capitolo VII, in quanto funzionale all'esercizio della diplomazia preventiva²⁸. Pur essendo utile al

²⁷ Vedi MARCHISIO, *L'ONU cit.*, p. 71. Per considerazioni in argomento vedi anche BALLARINO, *Organizzazione internazionale. Aspetti giuridici*, V^a ed., CELUC, Milano, 1998, p. 209.

²⁸ Sulle "peace keeping operations" e sul fondamento giuridico di esse alla luce della Carta dell'ONU vedi MARCHISIO, *L'ONU cit.*, p. 261 e ss.; CONFORTI, *Le Nazioni Unite*, 6° ed., cit., p. 200 e ss. A proposito del "peace Keeping" con ampie funzioni

regolamento di controversie e di situazioni pericolose, il “peace keeping” non può essere configurato come uno strumento puramente diplomatico, e pertanto supera le previsioni di cui al capitolo VI; né può essere ricondotto nel quadro delle azioni militari coercitive di cui al capitolo VII.

I principi su cui si fondano originariamente le operazioni di “peace keeping” sono, in primo luogo, il consenso preventivo delle parti e dello Stato nel cui territorio esse debbono operare; inoltre l’azione di tali Forze di pace va ispirata a criteri di imparzialità e di neutralità, e l’uso della forza va rigorosamente limitato all’autodifesa.

L’esperienza maturata negli anni ha mostrato tuttavia che l’applicazione di questi principi, in concreto, è tutt’altro che agevole. È infatti difficile che vi sia assoluto consenso da tutte le parti interessate ed è anche difficile comportarsi, in certi casi, in modo del tutto neutrale ed imparziale, soprattutto in situazioni di emergenza umanitaria.

L’organizzazione delle Nazioni Unite, soprattutto nell’ultimo decennio, ha dovuto affrontare conflitti interni e guerre civili, muovendosi anche in settori -quali quello della politica interna degli Stati - che in linea puramente teorica le sarebbe precluso. Tutte le missioni avviate nel 1999 - Congo, Sierra Leone, Timor Est e Kosovo - presentano questa caratteristica e confermano una tendenza in atto già da tempo.

Il ruolo del “peace Keeping” originario, finalizzato essenzialmente alla sospensione delle ostilità e alla neutralizzazione dei conflitti, ha avuto oggi un’evoluzione e si è fatto più complesso, dovendo fare fronte, nei più recenti conflitti, a situazioni di emergenza umanitaria le quali comportano la necessità di distribuire gli aiuti umanitari, di proteggere i convogli con gli aiuti umanitari, di occuparsi dei rifugiati e di gestire l’amministrazione civile, e spesso anche di indire elezioni e sovrintendere al loro svolgimento. Tali operazioni, definite di “seconda generazione” si affiancano al “peace keeping” originario e si sostanziano anche in attività volte a riparare le conseguenze di un conflitto e a riportare il Paese in cui operano alla normalità. Si parla pertanto di attività di “peace building”, con riferimento alle strategie impiegate, talora anche in funzione preventiva, in contesti caratterizzati

CONFORTI parla di Forze multidimensionali o multifunzionali. Sul “peace Keeping”, in quanto finalizzato all’applicazione del diritto umanitario vedi particolarmente CAFFARENA, *Le organizzazioni internazionali* cit., p. 142 e ss.

da profonde crisi socio-politiche ed economiche, con l'obiettivo di ricostituire il tessuto sociale di un Paese travagliato da conflitti e da tensioni, nell'intento di impedire ulteriori violenze e ulteriori violazioni dei diritti umani.

6. Nell'ultimo paragrafo dell'art. 36 della Carta dell'ONU è previsto che il Consiglio di Sicurezza, nel fare raccomandazioni relative a procedimenti e metodi di sistemazione adeguati, deve tenere presente che "le controversie giuridiche dovrebbero, di regola generale, essere deferite dalle parti alla Corte internazionale di Giustizia, in conformità alle disposizioni dello Statuto della Corte".

Si pone pertanto un problema di delimitazione delle competenze dei due organi rispetto alla stessa controversia. Mancando nella Carta dell'ONU una definizione e distribuzione dei rispettivi poteri, la sfera di competenza dei due organi è suscettibile di sovrapposizioni, quanto meno parziali.

Nella pronuncia della Corte nel caso Nicaragua contro Stati Uniti è detto che "Both organs can... perform their separate but complementary functions with respect to the same events"²⁹.

L'esperimento di una procedura di regolamento di una controversia davanti al Consiglio di Sicurezza non impedisce il ricorso alla Corte internazionale di Giustizia. Il principio su cui si fonda il sistema di composizione delle controversie nell'ambito delle Nazioni Unite non è quello del carattere alternativo delle procedure, bensì quello della cooperazione funzionale tra l'organo giurisdizionale e l'organo politico nella soluzione della stessa controversia³⁰. La compatibilità tra l'esercizio della competenza giurisdizionale della Corte e l'esercizio parallelo della competenza degli organi politici dell'ONU è stata sostenuta anche nel controverso caso "Lockerbie", che ha opposto la Libia agli Stati Uniti; in questo caso il Consiglio di Sicurezza aveva preceduto la Corte nell'adottare una decisione. La Corte ha comunque esercitato la sua competenza tenendo conto delle decisioni del Consiglio e dei loro effetti giuridici per le parti.

La Corte era stata sollecitata dalla Libia a rilevare l'illegittimità della risoluzione 748 (1992) del Consiglio, con cui venivano imposti

²⁹ Cfr. sentenza 26 novembre 1984, in I.C.J. Reports, 1984, p.436.

³⁰ Vedi CONDORELLI, *La Corte internazionale di Giustizia e gli organi politici delle Nazioni Unite*, in *Riv. dir. internaz.*, 1994, p. 897 e ss.

un embargo di fornitura di armi e di materiale aereo nonché la sospensione delle comunicazioni aeree nei confronti della Libia a causa del rifiuto opposto dal governo di Gheddafi di estradare negli USA o in Gran Bretagna i due agenti libici sospettati di avere materialmente compiuto l'attentato dell'aereo della Pan American nel dicembre 1988, che aveva causato la morte di 259 persone sull'aereo e di 11 sul suolo. La Corte internazionale di Giustizia, che era stata adita dalla Libia prima della risoluzione 748, ma successivamente alla risoluzione 713 del Consiglio che imponeva alla Libia di estradare gli autori dell'attentato, rese una sentenza in data 14 aprile 1992³¹, che rigettava l'accusa libica agli Stati Uniti e alla Gran Bretagna di minacciare la pace internazionale e di violare la sovranità, l'integrità territoriale e l'indipendenza politica della Libia. A giudizio della Corte "both Libya and United States, as members of the United Nations, are obliged to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with Article 25 of the Charter; whereas the Court ... considers that *prima facie* this obligation extends to the decisions contained in resolution 748 (1992); and whereas, in accordance with the article 103 of the Charter, the obligation of the Parties in that respect prevail over their obligations under any other international agreement..."³².

La possibilità che il Consiglio di Sicurezza e la Corte internazionale di Giustizia, nella disamina dello stesso caso, pervengano a decisioni contrastanti o quanto meno disarmoniche, esiste in pratica. Essi procedono infatti indipendentemente l'uno dall'altro e non sono tenuti a fondare le loro decisioni sugli stessi criteri. La Corte, in base all'art. 38 del suo Statuto, deve decidere "secundum ius"; il Consiglio di Sicurezza, nel suo ruolo di organo politico garante della pace e della sicurezza internazionali, opera nella considerazione di ogni elemento di carattere politico idoneo all'accertamento della pericolosità per la pace e la sicurezza internazionale.

Come si è notato³³, la Corte internazionale di Giustizia non è né un giudice di cassazione, né una corte costituzionale chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale degli atti del Consiglio di Sicurezza, cui l'art. 24-2° cpv. della Carta dell'ONU impone peraltro di

³¹ Cfr. I.C.J. Reports, 1992, p. 114

³² *Ibidem*, par. 42.

³³ In questo senso particolarmente CONDORELLI, *La Corte internazionale di Giustizia e gli organi politici delle Nazioni Unite* cit., p. 914.

agire in conformità ai fini e ai principi delle Nazioni Unite; tra questi fini e principi vi sono quelli di conseguire, conformemente ai “principi della giustizia e del diritto internazionale”, la composizione o la soluzione delle controversie o delle situazioni internazionali che potrebbero portare ad una violazione della pace. Gli sviluppi in atto nella Comunità internazionale, nel senso di un rafforzamento delle garanzie giurisdizionali, pongono la questione dell’opportunità di sottoporre al controllo di un organo indipendente le risoluzioni vincolanti del Consiglio di Sicurezza, anche per la considerazione che “In the legal systems of States, there is often some procedure for determining the validity of even a legislative or governmental act, but no analogous procedure is to be found in the structure of the United Nations”³⁴

Tra le proposte avanzate vi è quella di istituire un Tribunale arbitrale, oppure una Commissione di giuristi con funzioni consultive nei confronti del Consiglio di Sicurezza³⁵. È stata infatti riscontrata una certa riluttanza da parte di taluni Stati ad impegnarsi a sottoporre le controversie di cui sono parti al regolamento giudiziario della Corte in conformità all’art. 36 dello Statuto della medesima. Particolarmente riluttanti, in un primo tempo, erano apparsi i Paesi del Terzo mondo ai quali la Corte era apparsa come la “conservatrice” di quel diritto internazionale classico che aveva legittimato la dominazione coloniale.

Come può rilevarsi dai più recenti sviluppi della prassi internazionale, sia il Consiglio di Sicurezza che la Corte internazionale di Giustizia hanno mutato il loro ruolo originario. Il Consiglio, superando con la fine della contrapposizione dei blocchi l’ostacolo del veto dei membri permanenti, è divenuto più attivo e in grado di adottare decisioni sanzionatorie assai penalizzanti, per quanto non implicanti l’uso della forza armata, nei confronti degli Stati ritenuti responsabili di gravi violazioni della pace e della sicurezza internazionali. L’azione sanzionatoria vincolante posta in essere dal Consiglio è spesso considerata con diffidenza, in quanto espressione della politica delle Grandi Potenze. La diffidenza nei confronti della Corte internazionale di Giustizia sta invece attenuandosi, e sta emergendo una certa tendenza da parte dei Paesi del Terzo Mondo ad utilizzare la Corte come mezzo

³⁴ Cfr. la sentenza resa dalla Corte in relazione a “Certain Expenses of the United Nations”, I.C.J. Reports, 1962, D. 151 e ss.

³⁵ Vedi BOWETT, *The Impact of Security Council Decisions on Dispute Settlement Procedures*, in *European Journal of International Law*, 1994, n. 1, p. 99.

per contrastare l'azione del Consiglio e fare della Corte il giudice di eventuali "eccessi di potere" del Consiglio medesimo. Il problema si pone anche a proposito delle sanzioni votate dal Consiglio di Sicurezza in base all'art. 41 della Carta dell'ONU. A vari livelli si è posto l'accento sulle ripercussioni negative che tali sanzioni possono avere nell'ambito degli Stati che ne sono oggetto, aggravando situazioni già degradate e di sottosviluppo, con il rischio di innescare nuove minacce per la pace e la sicurezza. Il sottosviluppo e il degrado ambientale sono infatti considerati tra le principali cause di minaccia per la pacifica coesistenza degli Stati e dei popoli.

Al Consiglio di Sicurezza è stato comunque chiesto di valutare adeguatamente le conseguenze socio-economiche ed ambientali delle sue decisioni, e di tenere conto della loro tollerabilità, utilizzando criteri di necessità, proporzionalità, temporaneità e capacità di discriminazione³⁶, nel rispetto delle norme internazionali di "jus cogens" poste a tutela della persona umana e delle sue fondamentali esigenze. Tra le sanzioni vietate in assoluto sono da annoverare le più gravi misure di coercizione economica o politica, tali da arrecare pregiudizio all'esistenza stessa di comunità umane stanziato nell'ambito territoriale colpito dalle sanzioni³⁷.

La prassi delle deroghe a scopo umanitario è costante; vengono in genere esclusi dall'embargo economico generi di prima necessità, forniture di medicinali, come altri prodotti destinati ad esigenze vitali del genere umano.

Si insiste poi sul principio di proporzionalità, per cui gli interessi in gioco debbono essere bilanciati in modo equilibrato. L'obiettivo delle Nazioni Unite nell'imposizione delle sanzioni, che si identifica nell'intento di esercitare una pressione sugli Stati responsabili di comportamenti contrari alla pace ed alla sicurezza internazionale, va temperato con l'esigenza di non arrecare danni inaccettabili e sproporzionati rispetto alla violazione commessa.

7. Una questione che non può essere trascurata analizzando i metodi e le procedure di soluzione delle controversie internazionali riguarda

³⁶ Cfr. il rapporto dell'UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (OCHA) del 6 ottobre 1997. Sul tema specifico delle sanzioni vedi FORLATI, *Sanzioni economiche e tutela umanitaria*, in *Riv. dir. internaz.*, 1997, p. 705 e ss.

³⁷ Vedi DELBRUCK, *Proportionality*, in *Encyclopedia of Public International Law*, a cura di Bernardt, Amsterdam, 1984, vol. IV, p. 936.

l'istituzione di giurisdizioni penali internazionali atte a sanzionare e punire gravi crimini commessi da individui nel quadro di conflitti. La Corte internazionale di Giustizia è un tribunale per gli Stati, che non ha competenza nei confronti di illeciti commessi da individui.

L'azione del Consiglio di Sicurezza dell'ONU, in quanto volta al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale "in conformità ai principi della giustizia e del diritto internazionale", si è espressa con l'istituzione di due Tribunali penali internazionali, per giudicare i crimini commessi nel territorio della ex Jugoslavia a partire dal 1991, e in Ruanda nel 1994. Tali organismi, vivamente caldeggiati da autorevoli correnti politiche e di pensiero per la repressione di crimini effettuati commessi in occasione di conflitti o di situazioni di grave tensione politica, trovano anche decisi avversari, preoccupati di vedere violata la loro autorità dall'azione di un procuratore che agisce di sua iniziativa qualora lo Stato coinvolto non possa o non voglia esercitare la propria giurisdizione.

L'istituzione dei due Tribunali suddetti è comunque considerata una svolta importante nella storia della Comunità internazionale, ed una evoluzione rispetto all'esperienza passata ed episodica dei Tribunali di Norimberga e di Tokio in cui i crimini internazionali degli individui sono stati considerati punibili in modo concorrente da parte di una serie di giurisdizioni nazionali. Gran parte dei crimini commessi a quell'epoca erano rimasti infatti affidati alla giurisdizione degli Stati competenti.

a) I due Tribunali penali internazionali per l'ex Jugoslavia e per il Ruanda hanno il loro fondamento giuridico in una risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, che ha posto a carico degli Stati membri dell'ONU l'obbligo di cooperare con essi³⁸. Secondo l'opinione della Camera di appello del 2 ottobre 1995 in relazione al caso Tadic, il Tribunale per la ex Jugoslavia dovrebbe considerarsi un organo sussidiario speciale del Consiglio di Sicurezza, creato in base all'art. 29 della Carta dell'ONU, in quanto rispondente agli obiettivi di giustizia e di legalità che debbono essere alla base dell'attività dell'organizzazione.

Una questione controversa, nella più recente prassi di questo Tri-

³⁸ Vedi LATTANZI e SCISO (a cura di), *Dai Tribunali penali internazionali "ad hoc" ad una Corte Permanente*, Napoli 1996.

bunale, si è posta in seguito alla formale incriminazione da parte del Procuratore del Tribunale, di Slobodan Milosevic, il 22 maggio 1999, il quale è stato accusato di crimini contro l'umanità. La conferma dell'atto di accusa è stata accompagnata da un mandato di arresto e da una decisione che ha disposto il congelamento dei suoi beni posseduti all'estero. L'adozione di tali misure conservative costituisce un passo avanti nella prassi del Tribunale, che non aveva fatto sinora ricorso ad una misura di questo tipo³⁹.

La messa in stato di accusa di Milosevic, il quale all'epoca in cui i crimini furono commessi era Presidente in carica della Repubblica federale iugoslava, ha innescato questioni relative all'applicazione delle immunità diplomatiche di cui godono normalmente i Capi di Stato. L'inosservanza delle norme sulle immunità diplomatiche, ed in particolare sull'immunità dalla giurisdizione, ha avuto un autorevole precedente nella seconda pronuncia resa dalla Camera dei Lords britannica nel caso Pinochet⁴⁰, in cui si è sostenuta l'assenza della immunità dalla giurisdizione dei Capi di Stato, tanto passati che in funzione, colpevoli di crimini internazionali. Tale principio era stato già formulato dal Tribunale di Norimberga nella sentenza del 1° ottobre 1946, in cui è detto che "le principe du droit international qui, dans certaines circonstances, protège le représentant d'un Etat ne peut s'appliquer aux actes condamnés comme criminels par le droit international"⁴¹.

Se si considerano gli Statuti dei Tribunali penali si può notare una estensione progressiva del concetto di crimine internazionale individuale. La competenza del Tribunale per la ex Jugoslavia si estende a quattro categorie di crimini internazionali. Vengono in primo luogo in rilievo le violazioni gravi della Convenzione di Ginevra del 12 agosto 1949. La giurisdizione del Tribunale si estende poi alle violazioni delle leggi e consuetudini di guerra, oltre che al crimine di genocidio, secondo la definizione contenuta nell'art. 5 della Convenzione adottata dall'Assemblea generale il 9 dicembre 1948. Nella competenza del Tribunale è inoltre ri-

³⁹ Sull'attività svolta dai Tribunali penali internazionali "ad hoc" vedi ASCENSIO e MAISON, *L'activité des Tribunaux pénaux internationaux*, in *Annuaire français de droit international*, 1999 e 2000.

⁴⁰ Cfr. Decisione del 24 marzo 1999, Pinochet. Per un commento vedi COSNARD, in *Revue générale de droit int. public*, 1999, 2, p. 309 e ss.

⁴¹ Cfr. *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, texte officiel en langue française*, Tome I, Documents officiels, Nuremberg, 1947, p. 235.

compresa la violazione dell'art. 3 comune alla Convenzione di Ginevra del 1949 e al II Protocollo addizionale dell'8 giugno 1977, per cui, in caso di conflitti armati non internazionali, ciascuna delle parti in conflitto è tenuta ad applicare almeno un trattamento di umanità, senza discriminazioni, alle persone che non partecipano alle ostilità, e deve rispettare il diritto alla vita e alla integrità fisica di tali persone, con divieto di omicidi, mutilazioni, trattamenti inumani e crudeli, torture, esecuzioni sommarie e attentati alla dignità delle persone. Nelle decisioni relative al caso Tadic il Tribunale per la ex Jugoslavia ha ribadito che i principi umanitari contenuti nell'art. 3 comune alla Convenzione di Ginevra, oltre a quelli del II Protocollo addizionale, costituiscono norme inderogabili del diritto internazionale generale.

Anche lo Statuto del Tribunale penale per il Ruanda estende la giurisdizione dell'organo al genocidio e ai crimini contro l'umanità, analogamente a quanto previsto nello Statuto del Tribunale per la ex Jugoslavia.

Va notato che sia il Tribunale per la ex Jugoslavia che quello per il Ruanda si sono dotati di un doppio grado di giurisdizione: la loro struttura si articola infatti in camere di primo grado, le cui sentenze sono impugnabili presso una camera di appello. Ciò costituisce una evoluzione rispetto al tradizionale principio per cui i Tribunali e gli arbitri internazionali giudicano in genere in un unico grado. La previsione di un giudizio di appello consente all'imputato la possibilità di una verifica che il caso sia stato correttamente giudicato, in modo da ridurre gli errori giudiziari.

Nella sentenza di appello relativa al caso Tadic la Camera di appello ha ammesso, sulla base del Patto internazionale sui diritti civili e politici e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – “tels qu'interprétés par les organes judiciaires et de contrôle pertinents” – che il principio della “égalité des armes” è incluso nel diritto ad un equo processo, pure nella considerazione che il Tribunale non ha il potere di costringere le parti a cooperare mediante misure coercitive; di qui la necessità di interpretare “le principe de l'égalité des armes plus largement qu'il ne l'est généralement dans le cadre des actions devant les juridictions internes”⁴²

b) La creazione dei due Tribunali “ad hoc” non ha indotto responsabili

⁴² Cfr. vedi ASCENSIO e MAISON, *L'activité des Tribunaux pénaux internationaux*, (1999), cit., p. 483.

di Stati e di governi e correnti politiche ad accantonare il più ambizioso progetto di istituire un Tribunale penale internazionale permanente, atto a sanzionare penalmente i crimini più gravi di rilevanza internazionale. È evidente che un organismo di questo tipo, una volta istituito ed effettivamente operante, può avere un importante effetto deterrente.

In fase negoziale il problema dei rapporti tra il Tribunale penale internazionale permanente ed il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite fu aspramente dibattuto, sinché si giunse ad una soluzione di compromesso attribuendo al Consiglio di Sicurezza, al quale gli Stati Uniti volevano che fosse subordinato, la possibilità di bloccare per un anno le indagini con una risoluzione rinnovabile.

Un progetto di Statuto del Tribunale permanente è stato prima elaborato dalla Commissione di diritto internazionale su richiesta dell'Assemblea generale, e poi rielaborato da un comitato "ad hoc". Nel 1988 il progetto è stato trasmesso alla Conferenza diplomatica di Roma che, dopo cinque settimane di negoziato, si è conclusa il 17 luglio 1998, con l'adozione della Statuto della Corte penale internazionale⁴³.

Nel Preambolo e nell'art. 1 dello Statuto viene affermato il principio della complementarietà della giurisdizione del Tribunale rispetto alle giurisdizioni penali nazionali. Essa potrà pertanto esercitarsi solo quando lo Stato che ha giurisdizione sul caso non ha la volontà o la capacità di condurre le indagini o di celebrare il relativo processo. Inoltre, in base all'art. 17 dello Statuto afferente a questioni relative alla procedibilità, la Corte penale può dichiarare improcedibile il caso se nello Stato che ha giurisdizione su di esso sono in corso di svolgimento indagini o procedimenti penali; se, esaurite le indagini, le autorità giudiziarie di tale Stato hanno deciso di non procedere nei confronti della persona interessata; se la persona interessata è già stata giudicata; se il fatto non è di gravità sufficiente da giustificare ulteriori azioni.

I crimini soggetti alla giurisdizione della Corte penale sono, in base alla Parte 2 dello Statuto, il genocidio e i crimini di guerra, commessi sia nel corso di conflitti armati internazionali che nel corso di conflitti armati non internazionali, ed i crimini contro l'umanità (anche se commessi in tempo di pace).

In base all'art. 11 la Corte penale ha competenza solo sui crimini commessi dopo l'entrata in vigore dello Statuto.

⁴³ Cfr. Vedi MARCHISIO, *Lo Statuto di Roma della Corte penale internazionale*, in *Affari esteri*, 1998, p. 821 e ss.

Restano per il momento sottratti alla giurisdizione della Corte penale internazionale i crimini di terrorismo e quelli connessi al traffico di droga. Per quanto concerne i crimini di aggressione, essi sono già compresi nello Statuto tra i crimini di competenza della Corte. La giurisdizione della Corte potrà esercitarsi in relazione ad essi solo quando un emendamento, adottato secondo le procedure previste dalle clausole finali, definirà il crimine e stabilirà le condizioni per l'esercizio della giurisdizione.

Il moltiplicarsi degli organi di giurisdizione internazionale preposti alle soluzioni di casi complessi e controversi pone problemi di coordinamento tra le varie istanze ed i vari procedimenti, con implicazioni a livello di litispendenza e di cosa giudicata. Nella sentenza della Camera di appello del Tribunale per la ex Jugoslavia in relazione al caso Tadic⁴⁴, si è sostenuto che "nel diritto internazionale ogni Tribunale è un sistema autonomo, salvo che sia previsto altrimenti". I problemi suddetti vanno quindi risolti, in primo luogo, in base ad ogni sistema autonomo, il quale va però inquadrato ed interpretato in un più ampio contesto giurisdizionale internazionale.

8. Problemi di connessione si pongono, in ampia dimensione internazionale, tra le organizzazioni e gli accordi regionali competenti alla soluzione delle controversie di carattere locale, e l'organizzazione delle Nazioni Unite. Il capitolo VIII della Carta dell'ONU conferisce questa competenza alle organizzazioni suddette, la cui azione viene posta in un rapporto di complementarietà rispetto alle Nazioni Unite. Resta infatti il ruolo preponderante del Consiglio di Sicurezza nella soluzione delle controversie pericolose per la pace e per la sicurezza internazionale in base all'art. 24 della Carta.

Problemi interpretativi circa i rapporti tra le Nazioni Unite e gli accordi e le organizzazioni regionali si posero sino dai lavori preparatori alla redazione della Carta dell'ONU. Il problema fondamentale consiste nell'accertare se si tratta di una integrazione degli enti regionali nel sistema dell'ONU ovvero di un rapporto di subordinazione di tali enti rispetto all'ONU, o, più semplicemente, di un decentramento

⁴⁴ Cfr. sentenza della Camera di appello nel caso Tadic, 2 ottobre 1995, in *Riv. dir. internaz.*, 1995, p. 1016 e ss., par. 11.

funzionale fondato sulla responsabilità principale, ma non esclusiva, del Consiglio di Sicurezza nel mantenimento della pace⁴⁵.

Si è manifestata di recente una tendenza ad ammettere una funzione sostitutiva di alcune organizzazioni regionali rispetto alle Nazioni Unite nelle azioni a tutela della pace, ivi compresa l'attività operativa di "peace keeping".

La questione, nel suo complesso, ha dato luogo a dibattiti circa la legittimità degli interventi intrapresi autonomamente da organizzazioni a dimensione regionale o particolare, in considerazione della centralità del ruolo delle Nazioni Unite in tema di mantenimento della pace e della sicurezza, ed ai fini del rispetto della legalità internazionale.

Manca comunque, nella Carta dell'ONU, una definizione precisa della nozione di accordo o organizzazione regionale, anche ai fini di una distinzione tra i due concetti. Nell'Agenda per la pace di Boutros Boutros-Ghali tale nozione viene interpretata in senso estensivo, in modo da ricomprendervi non solo le organizzazioni istituite con un trattato, ma anche raggruppamenti di Stati creati "ad hoc" per trattare questioni particolari, sempre che siano conformi alle disposizioni di cui al capitolo VIII della Carta dell'ONU. Al di fuori del necessario rispetto di tali disposizioni, la definizione dei rapporti di cooperazione tra l'ONU e i raggruppamenti regionali è comunque, nell'Agenda, alquanto generica ed imprecisa, e sembra venire lasciata ad una prassi variabile "selon les réalités de chaque cas dans un esprit de souplesse et de créativité"⁴⁶. Va comunque distinta la nozione di accordo da quella di organizzazione regionale; l'elemento caratterizzante l'organizzazione risiede in un maggiore grado di istituzionalizzazione. Per quanto attiene al concetto di area regionale, che è alla base di un raggruppamento di Stati, esso va riferito non soltanto ad un insieme di Stati geograficamente contigui, ma anche ad una "comunità parziale di interessi nell'ambito della Comunità internazionale universale"⁴⁷. È questo, ad esempio, il caso della NATO, istituita con il Trattato di Washington del 4 aprile 1949, alla quale partecipano sin dall'origine, insieme a Stati europei, Stati extra europei quali gli Stati Uniti ed il Canada.

⁴⁵ Vedi con opinioni diverse, *La Charte des Nations Unies*, a cura di COT e PELLET, Paris, 1991, pp. 818-823; *The Charter of the United Nations. A Commentary*, a cura di SIMMA, New York, 1994, p. 730; MARCHISIO, *L'ONU cit.*, p. 283.

⁴⁶ Vedi SCHRIKE, *L'Agenda pour la paix*, cit., p. 20.

⁴⁷ Vedi VILLANI, *Il ruolo delle organizzazioni regionali per il mantenimento della pace nel sistema dell'ONU*, in *La Comunità internazionale*, 1998, pp. 431-432.

Analogamente si pone l'OSCE (ex CSCE), la quale comprende, oltre a Stati dell'Europa dell'Ovest e dell'Est, gli Stati Uniti, il Canada, la Federazione russa insieme ad altri Stati derivanti dalla dissoluzione dell'URSS, nel quadro di una vasta area di cooperazione che va da Vancouver a Vladivostock.

a) La creazione dell'OSCE, avvenuta con il vertice di Budapest del 1994, segna il momento conclusivo di un percorso diplomatico evolutivo, fatto di molti incontri e sessioni, fra i rappresentanti degli Stati rilevanti nei rapporti Est-ovest⁴⁸.

La Conferenza di Helsinki del 1° agosto 1975, conclusasi con l'adozione per "consensus" di un Atto finale articolato in tre "cesti", ha posto le basi di una coesistenza pacifica fra i Paesi europei occidentali, orientali e neutrali. L'Atto finale non costituisce un accordo internazionale in senso proprio, ma piuttosto una intesa politica di significativa rilevanza nelle vicende politiche europee, anche per quanto concerne le disposizioni contenute nel terzo cesto, relativo alla cooperazione nel settore umanitario ed in altri settori (informazione, cultura, educazione).

Già nell'Atto finale gli Stati partecipanti si erano impegnati a rendere continuativo e duraturo il processo di distensione intrapreso, in modo da migliorare la sicurezza e sviluppare la cooperazione in Europa, nella prosecuzione, nelle forme appropriate, del processo multilaterale iniziato dalla Conferenza.

Il rafforzamento di tale forma associativa è proseguito gradualmente, attraverso i Vertici successivi. Nel Vertice di Helsinki del 1992 fu deciso l'ampliamento dei membri anche in conseguenza dello smembramento dell'Unione Sovietica e della Jugoslavia, che aveva dato luogo all'ingresso, nella comunità internazionale, di nuovi Stati indipendenti. Fu decisa anche una maggiore istituzionalizzazione della Conferenza mediante la creazione di organi permanenti, tra cui un Centro per la prevenzione dei conflitti. Nel Vertice di Budapest del 1994 è stato deciso di trasformare la CSCE in organizzazione per la Cooperazione e la Sicurezza in Europa. La nuova denominazione non ha comunque modificato sostanzialmente tale forma associativa, la quale non può essere ancora considerata

⁴⁸ Tra le numerose trattazioni dedicate alla CSCE, oggi OSCE, vedi, nella dottrina italiana, BARBERINI e RONZITTI, *La nuova Europa della CSCE*, Milano, 1994; BARBERINI, *Sicurezza e cooperazione da Vancouver e Vladivostock*, Torino, 1998.

una organizzazione internazionale di tipo classico, ma va piuttosto ascritta alla tipologia delle "soft international organizations"⁴⁹.

È comunque evidente la tendenza ad attribuire all'organizzazione per la Cooperazione e la Sicurezza in Europa (OSCE) un ruolo importante ai fini della soluzione delle crisi europee, come è avvenuto in Bosnia. È vivo l'auspicio di un più preciso inquadramento di essa nel contesto del capitolo VIII della Carta dell'ONU, anche ai fini del collegamento con l'azione delle Nazioni Unite – particolarmente del Consiglio di Sicurezza – in considerazione della vastità dell'area di cui costituisce l'espressione.

b) I meccanismi elaborati nel quadro della CSCE-OSCE per la soluzione pacifica delle controversie tra Stati sono ispirati alla diplomazia preventiva; tali meccanismi hanno avuto una gestazione lunga e travagliata, e, almeno sinora, non si può dire che abbiano veramente funzionato. Dopo alcuni tentativi rimasti senza esito, la messa a punto di un sistema di composizione delle controversie si è avuta in due momenti successivi.

Il primo si è concluso con il Documento di La Valletta del 1991. Il secondo con le decisioni del Consiglio ministeriale di Stoccolma del 1992⁵⁰.

Il problema era quello di dare concreta attuazione, con l'istituzione di un procedimento "ad hoc", al principio dell'intervento di un terzo "super partes" nel caso in cui le parti in contesa non fossero in grado di addivenire ad una composizione amichevole mediante negoziati o consultazioni dirette. Le difficoltà di trovare una soluzione condivisa furono in un primo tempo determinate dalla contrapposizione dei blocchi dell'Est e dell'Ovest, che sino alla fine degli anni ottanta divise l'Europa; soltanto con l'inizio del "disgelo" e di una certa apertura e flessibilità da parte dei Paesi del blocco dell'Est si poté pervenire a qualche soluzione, formalizzata in documenti "ad hoc".

La procedura elaborata nell'ambito della Riunione di La Valletta,

⁴⁹ In questo senso anche FUMAGALLI-MERAVIGLIA, *Studi sulle organizzazioni internazionali*, Milano, 1997, p. 82, che si richiama a CONDORELLI *Diritto e non diritto nella CSCE*, in BARBERINI e RONZITTI (a cura di), *La nuova Europa della CSCE*, Milano, 1994, p. 60 e ss.

⁵⁰ Vedi CAFLISCH, *Vers des mécanismes pan-européens de règlement pacifique des différends*, in *Revue générale de droit int. public*, 1993, p. 1 e ss.

che si tenne dal 15 gennaio all'8 febbraio 1991, oscilla tra i buoni uffici e la mediazione. Per quanto concerne il regolamento giurisdizionale il Rapporto di La Valletta si limitò ad enunciare alcuni principi di contenuto un po' vago, dato il perdurante scetticismo di talune Potenze nei confronti di una istanza giurisdizionale. L'originalità del rapporto di La Valletta stava comunque nel fatto che esso prevedeva la possibilità, per ognuna delle parti in contesa, di chiedere la costituzione di un organismo "ad hoc", comprendente uno o più membri scelti in linea di principio di comune accordo tra le parti in base ad una lista tenuta dal Centro di prevenzione dei conflitti. Tale organismo aveva il compito di aiutare le parti in contesa "à définir une procédure appropriée de règlement du différend" e di "trouver une solution conforme au droit international et à leurs engagements dans le cadre de la CSCE". La competenza di esso incontrava comunque alcuni limiti sia sul piano funzionale che della competenza "ratione materiae". In particolare la procedura non poteva venire applicata "qualora la controversia fosse stata precedentemente e fosse tuttora trattata in base ad altra procedura di soluzione delle controversie (sezione III). La procedura trovava inoltre un ostacolo pressoché insormontabile nella clausola contenuta nella sezione XII, per cui non doveva darsi luogo ad alcuna procedura qualora una parte alla controversia ritenesse che essa riguardasse questioni concernenti la sua integrità territoriale, la difesa nazionale, titoli di sovranità sulla terraferma o pretese configgenti riguardo alla giurisdizione su altre aree"⁵¹.

Una evoluzione si è manifestata sotto la spinta del progetto Badinter, il giurista francese Presidente del Consiglio costituzionale, il quale riteneva che, per promuovere la pace e rafforzare una coscienza europea "il convient, sans plus attendre, d'établir en Europe et pour tous les Etats du continent, une juridiction européenne qui, pratiquant aussi bien la conciliation que l'arbitrage, permettra de prévenir et de résoudre les conflits entre Etats européens"⁵². Rispetto al meccanismo di La Valletta, che rimase del tutto inutilizzato, le proposte e i progetti successivi mostrano una tendenza evolutiva, che viene definita "un misto di prudenza e di innovazione", con particolare riferimento ai meccanismi predisposti nella Convenzione di Stoccolma relativa alla conci-

⁵¹ Vedi SICILIANOS, *Le mécanisme de règlement des différends au sein de la CSCE approuvé à Stockholm*, in *Annuaire français de droit int.*, 1993, p. 899 e ss.

⁵² Cfr. *Pour une Cour de la Grande Europe*, *Le Monde*, 21 giugno 1991.

liazione e all'arbitrato del 15 dicembre 1992⁵³. Nella Convenzione, che prevede la conciliazione generale e l'arbitrato sulla base di accordi "ad hoc" o di preve raccomandazioni reciproche, si sottolinea comunque l'intenzione di non portare in alcun modo pregiudizio alla competenza di altre istituzioni, o di altri meccanismi esistenti, ivi inclusa la Corte internazionale di Giustizia, la Corte europea dei diritti dell'uomo, la Corte di giustizia delle Comunità europee e la Corte permanente di arbitrato.

I problemi di coordinamento vengono risolti, nella Convenzione di Stoccolma, affermando la priorità di qualsiasi altro meccanismo recante soluzione obbligatoria delle controversie sul meccanismo obbligatorio di conciliazione previsto dalla Convenzione. L'art. 19 della Convenzione prevede un insieme di regole assai elaborate al riguardo.

L'art. 24 della Convenzione è stato oggetto di discussione in quanto è apparso voler contrapporre il diritto internazionale agli impegni assunti dagli Stati in sede CSCE nella definizione degli obiettivi della conciliazione. In effetti sembra che l'inciso di cui all'art. 24 ("La Commissione di conciliazione aiuta le parti della controversia a trovare una soluzione conformemente al diritto internazionale e ai loro impegni CSCE") sia stato inserito per evitare che uno Stato opponga alla Commissione di conciliazione una eccezione fondata sul non intervento nelle questioni afferenti essenzialmente la competenza interna. Dal momento in cui tali questioni hanno dato luogo ad impegni in sede CSCE (come in materia di dimensione umana e di diritti umani) è ovvio che l'eccezione non potrebbe essere ammessa, coerentemente con gli impegni di cui sopra. Il riferimento agli impegni CSCE non figura nelle disposizioni di cui al capitolo IV della Convenzione, relativo all'arbitrato. Nulla impedisce peraltro all'arbitro di applicare un impegno assunto in sede CSCE/OSCE, qualora egli ritenga che sia conforme a norme e principi di diritto internazionale.

In virtù dell'art. 29 della Convenzione il Tribunale arbitrale dispone nei confronti delle parti nella controversia dei poteri istruttori e di inchiesta che gli sono necessari per svolgere la propria funzione.

È difficile fare previsioni circa le future, effettive possibilità di succes-

⁵³ Vedi TREVES, *Le controversie internazionali*, cit., p. 80, per alcuni rilievi circa il procedimento di conciliazione previsto nella Convenzione di Stoccolma.

so dei meccanismi di Stoccolma, i quali appaiono comunque inadeguati rispetto ai conflitti armati⁵⁴. Il collegamento con la NATO, in quanto "braccio armato" dell'organizzazione per la Cooperazione e la Sicurezza in Europa diviene inevitabile, ai fini della salvaguardia della sicurezza nell'area. A tale proposito valgono alcune considerazioni di Simma: "True at present NATO is the only regional institution capable of countering (self defined) security challenges effectively, if necessary, by military means. But things might change in the future and other States or new alliances in Europe or in other parts of the world might then also proclaim to 'stand ready to act' without the Security Council, or affirm to defend certain interests and values by armed forces"⁵⁵.

9. Il mantenimento di buone relazioni nella comunità internazionale va correlato anche ad una equilibrata gestione delle relazioni economiche e commerciali. Tensioni e conflitti, anche di grave entità, possono essere cagionati da una malaccorta gestione di tali relazioni. Gli squilibri economici e gli scambi commerciali non improntati a regole di sicurezza del diritto possono aggravare crisi già in atto, ed innescare nuove crisi di ordine politico e sociale.

Se si considera l'attuale realtà della vita di relazione internazionale nel settore economico e commerciale, caratterizzata da scambi improntati ad un sempre maggior dinamismo e da spazi sempre più dilatati, idonei alla dimensione di gruppi multinazionali, il problema dei rapporti tra gli Stati si pone anche per considerazioni connesse alla tematica dello sviluppo. Per creare le condizioni necessarie ad uno sviluppo economico equilibrato e bilanciato, finalizzato al miglioramento delle condizioni di vita in larga dimensione internazionale – in conformità alle enunciazioni contenute nei principali Atti internazionali in

⁵⁴ Nel Par. 16 del Documento di Vienna 1994 sulle Misure miranti a rafforzare la Fiducia e la Sicurezza, allegato alle Decisioni della Conferenza di Budapest del 1994 è previsto un sistema di consultazioni e di cooperazione tra gli Stati partecipanti riguardo ad ogni attività insolita e non programmata dalle loro forze militari al di fuori delle loro sedi stanziali del tempo di pace che sia militarmente significativa, e riguardo alla quale uno Stato partecipante esprima la sua preoccupazione in materia di sicurezza. Tale meccanismo è stato però scarsamente attivato e si è concluso in genere in una maniera molto blanda e non risolutiva.

⁵⁵ Cfr. NATO, *UN and the Use of Force: Legal Aspects*, in *European Journal of International Law*, 1999, p. 1 e ss.

materia di sviluppo e di sviluppo sostenibile⁵⁶ – non si può fare a meno della congiunta presenza degli Stati e delle imprese.

Forze promotrici essenziali dello sviluppo sono le imprese, le quali hanno dato una costante dimostrazione della loro capacità di autonomia e della originarietà della loro esistenza nei confronti degli Stati, così come della loro tendenza a dilatarsi sino a creare veri e propri “sistemi” in vaste aree economiche⁵⁷.

Nell'ordinamento internazionale si distinguono vari “sistemi” economici tendenti a favorire sia le varie forme del commercio internazionale, tanto a livello universale che regionale, che i diversi modelli di rapporti economici internazionali⁵⁸. L'Unione europea, facendo cadere il diaframma costituito dai confini dei singoli Stati membri, ha creato un ampio spazio economico, idoneo alla dimensione di gruppi multinazionali a dimensione europea, creando al contempo problemi con la normativa da essa posta (obbligatoria e di immediata applicazione anche per le imprese) ai gruppi multinazionali di più vaste dimensioni.

Nelle attuali condizioni economiche e tecnologiche il mercato globale unificato è divenuto una realtà destinata a durare sinché permarranno le circostanze che l'hanno occasionato. Anche gli Stati fanno parte del sistema globale in quanto soggetti economici fonti di iniziative, anche al fine di favorire lo svolgimento dell'attività delle imprese a livello di infrastrutture essenziali. Nel caso di carenza dell'iniziativa economica privata gli Stati possono svolgere un ruolo sostitutivo, creando imprese proprie in settori produttivi di interesse nazionale.

Nelle loro relazioni reciproche gli Stati sono assoggettati a regole di diritto internazionale, e nell'ambito delle organizzazioni internazionali di cui fanno parte il loro peso, almeno in linea di principio, è uguale, pure nella considerazione che in linea di fatto alcuni di essi, in particolare gli Stati Uniti, occupano una posizione di indubbia preminenza.

a) L'organizzazione mondiale del commercio (OMC o WTO), istituita

⁵⁶ Per considerazioni sul diritto allo sviluppo, alla luce dei principali Atti internazionali in materia vedi anche SPATAFORA, *Appunti sul diritto allo sviluppo nell'era della globalizzazione*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, n. 9, 2001, p. 14 e ss.

⁵⁷ Vedi, in materia, i pertinenti rilievi di GUARINO, *Il governo del mondo globale*, Firenze, 2000, p. 55 e ss.

⁵⁸ Per una classificazione dei sistemi economici vedi PANEBIANCO-MARTINO, *Elementi di diritto dell'organizzazione internazionale*, Milano, 1997, p. 42 e ss.

al termine dei negoziati commerciali multilaterali dell'“Uruguay Round”, costituisce l'ordinamento giuridico del commercio internazionale⁵⁹. Tale organizzazione non costituisce una realizzazione “ex novo”; essa ha fatto seguito al sistema creato con l'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio (GATT), entrato in vigore il 1° gennaio 1948, il quale, pur avendo definito un consistente e articolato sistema di riduzioni tariffarie, non prevedeva una struttura istituzionale, dato il suo carattere provvisorio, ed era rimasto ben lungi dal definire un sistema di liberalizzazione commerciale realmente globale e universale. L'“Uruguay Round” è nato proprio dalla prospettiva di superare i limiti dell'Accordo originario del GATT per giungere a varare un sistema di liberalizzazione nel commercio internazionale stabile ed effettivamente globale e universale.

La conclusione dei lunghi negoziati commerciali multilaterali dell'“Uruguay Round”, con la creazione dell'OMC, ha segnato anche l'approdo del processo pluridecennale di progressiva istituzionalizzazione del sistema multilaterale di soluzione delle controversie commerciali tra Stati, avviato a partire dalla normativa originaria dell'Accordo generale del 1947. Il miglioramento e il rafforzamento delle regole e procedure di soluzione delle controversie ha costituito infatti un obiettivo fondamentale nel quadro dei negoziati dell'“Uruguay Round”⁶⁰. Il Preambolo del Trattato istitutivo dell'OMC menziona materie vaste e obiettivi ambiziosi, quali la cooperazione economica e commerciale, l'uso delle risorse mondiali, l'ambiente e lo sviluppo sostenibile. L'organizzazione, che comprende i 128 membri originari del GATT 1947, più i nuovi membri aggiuntisi con l'attuazione della procedura di adesione disciplinata dell'art. XII, annovera tra i membri la Comunità europea unitariamente considerata (art. XI par.1 e XIV, par.1 del-

⁵⁹ L'Accordo istitutivo dell'OMC è stato adottato a Marrakesh il 15 aprile 1994 ed è entrato in vigore il 1° gennaio 1995. È stato ratificato dall'Italia con legge del 29 dicembre 1994 n. 747. Sulle origini dell'OMC, sulla struttura, gli obiettivi ed il funzionamento dell'ente vedi in particolare VENTURINI (con la collaborazione di altri), *L'organizzazione mondiale del commercio*, in “L'Italia e la vita giuridica internazionale”, Milano, 2000; MENGIOZZI, *The World Trade Organization Law: an Analysis of its first Practice*, in *Diventare sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Capotorti*, 1, *Diritto internazionale*, Milano, 1999, p. 271 e ss.

⁶⁰ Vedi l'ampia trattazione contenuta in LIGUSTRO, *Le controversie tra Stati nel diritto del commercio internazionale: dal GATT all'OMC*, Padova, 1996.

l'Accordo OMC), in quanto soggetto responsabile della politica commerciale comune dei Paesi membri.

L'OMC ha in primo luogo lo scopo di permettere l'attuazione degli accordi che compongono il suo sistema, e di costituire un foro per i negoziati commerciali multilaterali tra i membri (art. III, 1 e III, 2). Ad essa spetta un potere di controllo sulle politiche commerciali degli Stati sulla base di rapporti periodici da questi presentati (art. III, 4), ed una competenza in tema di soluzione delle controversie commerciali fra i suoi membri. Tali competenze condizionano inevitabilmente la sovranità degli Stati membri, potendo interferire in questioni che un tempo erano considerate appartenenti al riservato dominio degli Stati. In certi settori la disciplina OMC coinvolge non solo le autorità centrali degli Stati ma anche i governi locali e le imprese pubbliche, in relazione ai contratti stipulati per servizi pubblici e per servizi di costruzione⁶¹.

La disciplina giuridica del commercio internazionale prevista nel sistema OMC ha un ambito più vasto rispetto a quella originaria dell'Accordo GATT. Nella disciplina dell'OMC, oltre agli accordi originari in tema di scambi di merci, sono stati compresi gli accordi sulle misure relative agli investimenti che incidono sugli scambi commerciali (TRIMS), quelli che incidono sugli aspetti del diritto di proprietà intellettuale attinenti al commercio internazionale (TRIPS), e sugli scambi di servizi (GATS). La disciplina di quest'ultimo settore era tradizionalmente considerata una prerogativa esclusiva degli Stati sovrani, in quanto afferente ad attività funzionali al perseguimento di obiettivi di interesse nazionale generale⁶². Così, ad es. il controllo della circolazione delle informazioni e delle immagini nel settore televisivo veniva mantenuto in passato attraverso il divieto generale di effettuare trasmissioni televisive, che erano consentite solo all'ente di proprietà statale.

La liberalizzazione nel commercio dei servizi ha posto un problema di rapporti tra i Paesi industrializzati (i quali hanno esercitato forti pressioni per la liberalizzazione) e quelli in via di sviluppo, general-

⁶¹ Cfr. LIGUSTRO, *op. cit.*, p. 464.

⁶² Sulla disciplina degli scambi di servizi vedi MENGOLZI, *I servizi nell'organizzazione mondiale del commercio*, in SIDI, 1998, p. 107 e ss.; SACERDOTI-VENTURINI (a cura di), *La liberalizzazione multilaterale dei servizi e i suoi riflessi per l'Italia*, Milano, 1997; RADICATI DI BROZOLO, *Un primo confronto tra la liberalizzazione delle telecomunicazioni nel sistema del WTO e della Comunità europea*, in SIDI, 1998, p. 107 e ss.

mente contrari all'inserimento dei servizi nei negoziati dell' Uruguay Round", timorosi che il predominio dei Paesi industrializzati nel settore tecnologico potesse dare luogo alla conquista, da parte di questi, dei mercati del terziario. Successivamente, anche in conseguenza della pesante crisi economica che li travagliava, i Paesi meno sviluppati mostrarono maggiore flessibilità, sul presupposto che il settore terziario fosse uno strumento per lo sviluppo delle economie locali⁶³.

Una tendenza compromissoria e prudente in relazione ai rapporti tra gli interessi dei Paesi industrializzati e quelli in via di sviluppo è stata individuata nella portata originariamente alquanto restrittiva dell'accordo TRIMS, limitato agli aspetti meramente commerciali delle misure di investimento (art. 1 dell'Accordo). Dall'Accordo sono state escluse questioni suscettibili di provocare tensioni a livello internazionale e oggetto di accordi di investimento di carattere bilaterale, come gli espropri, il controllo di imprese multinazionali, la sovranità sulle risorse naturali, i trasferimenti delle tecnologie ecc.⁶⁴. In ogni caso la libertà degli Stati di applicare misure relative agli investimenti è subordinata, in linea di principio, alla compatibilità delle medesime con gli obblighi derivanti dalla partecipazione all'OMC.

Anche in tema di accordi TRIPS relativi agli aspetti del diritto di proprietà intellettuale attinente al commercio internazionale, data la sostanziale contrapposizione tra gli interessi e la posizione dei Paesi industrializzati e quelli in via di sviluppo, si è cercata una soluzione di compromesso. Da parte dei Paesi in via di sviluppo venivano eccepitate le pretese dei Paesi più industrializzati di imporre unilateralmente il rispetto delle regole accolte nei propri ordinamenti. Tra i Paesi più industrializzati soprattutto gli Stati Uniti sono stati da sempre i fautori di una concezione "legalista" del GATT e del sistema di soluzione delle controversie, e favorevoli ad una piena "giurisdizionalizzazione" di tale sistema⁶⁵.

L'estensione del regime libero scambista a settori commerciali in precedenza non compresi in una regolamentazione internazionale suscita questioni di fondamentale importanza per l'organizzazione dei rapporti commerciali internazionali, anche in considerazione dei rap-

⁶³ Vedi in proposito i rilievi di LIGUSTRO, *Le controversie tra Stati* cit., p. 465.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Vedi HOWELL/GADBAW, *The US Commitment to the GATT System. A Reappraisal of Basic Assumptions*, in *Mich. Yearbook Int. Legal Studies*, 1984, p. 491 e ss.

porti che, nell'evoluzione successiva, potranno venire a determinarsi tra l'iniziativa pubblica e quella privata.

b) Importante completamento del sistema OMC è l'Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la soluzione delle controversie, adottata a Marrakech il 15 aprile 1994 ed entrata in vigore il 1° gennaio 1995. Nell'ambito di tale meccanismo sono state trattate alcune spinose controversie commerciali che avevano opposto gli Stati Uniti alla Comunità europea⁶⁶.

La normativa adottata in questo settore è il prodotto di un lungo e non facile negoziato, date le divergenze manifestatesi circa le misure idonee ad assicurare il rispetto e l'applicazione del sistema di regolamentazione del commercio internazionale. A posizioni "legaliste" si contrapponevano infatti posizioni più "pragmatiche". La Comunità europea si era opposta a lungo non solo ad uno sviluppo del sistema in senso giudiziario, ma anche ad un eccessivo rafforzamento della procedura dei "panels", mostrandosi invece favorevole alla valorizzazione dei metodi diplomatici della consultazione e del negoziato, nonché dell'azione di mediazione e di conciliazione del Consiglio come organo politico⁶⁷. La necessità di preservare l'equilibrio dei benefici e dei vantaggi commerciali di cui ogni membro dell'OMC gode in ragione della sua partecipazione all'organizzazione ha favorito l'avvicinamento delle posizioni.

Gli organi preposti a garantire l'applicazione della procedura contenziosa sono l'organo di soluzione delle controversie (Dispute Settlement Body-DSB), che si compone dei rappresentanti di tutti i membri ed è competente a prendere le principali decisioni per la soluzione di specifiche controversie; i panels di esperti, che vengono istituiti di volta in volta. Vi è poi un organo di appello permanente composto di sette individui indipendenti, il quale ha competenza a giudicare gli appelli concernenti i casi giudicati dai panels (art. 17 dell'Intesa).

⁶⁶ Il contenzioso tra la Comunità europea e gli Stati Uniti nel caso "banane" ha posto in discussione la liceità di uno dei principali strumenti comunitari a sostegno dei Paesi in via di sviluppo: la Convenzione di Lomé. La controversia sugli "ormoni" riguardava l'applicazione dell'Accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie (Accordo SPS). P, cit., p. 155 e ss. Per una analisi dei casi in questione vedi ADINOLFI, *La soluzione delle controversie nell'OMC ed il contenzioso euro-statunitense*, in *L'organizzazione mondiale del commercio* cit., p. 155 e ss.

⁶⁷ Vedi LIGUSTRO, *Le controversie tra Stati*, cit., p. 186.

I metodi di regolamento previsti nell'intesa si applicano a tutte le controversie tra i membri dell'OMC, sorte successivamente alla data di entrata in vigore dell'Accordo istitutivo, ovvero in relazione alle quali sono state presentate richieste di consultazioni dopo il 1° gennaio 1995 (art. 3-3° cpv. dell'Intesa). Quanto ai soggetti legittimati ad attivare la procedura contenziosa, sono soltanto i membri e non gli organi dell'OMC.

L'istituzione di un organo permanente di appello è una novità nel sistema internazionale di soluzione delle controversie commerciali. Esso non era infatti previsto né dall'art. XXIII dell'Accordo GATT, né dai successivi strumenti che l'hanno integrato. Tale meccanismo conferisce al sistema contenzioso una caratterizzazione giurisdizionale e non soltanto diplomatico-negoziale.

L'organo permanente di appello ha competenza a giudicare gli appelli concernenti i casi giudicati dai panels (art. 17-1° cpv. dell'Intesa), i quali si atteggiavano quali organi imparziali ed indipendenti di conciliazione, avendo il compito di tenere consultazioni tra le parti nel tentativo di giungere ad una composizione della controversia. Nel corso dei procedimenti innanzi ai panels la composizione amichevole e la conciliazione devono essere perseguite attraverso una fase di esame intermedia, che si conclude con una relazione interinale da sottoporsi alle parti (art. 15 dell'Intesa). I membri interessati hanno il diritto di essere ascoltati o di produrre memorie scritte (art. 9 e 10 dell'Intesa). I panels possono chiedere informazioni e pareri ad esperti (individui o enti) in modo da acquisire le conoscenze tecniche necessarie per una corretta decisione. I panels non emanano comunque decisioni vincolanti, ma si limitano a formulare conclusioni o determinazioni o accertamenti in base ad una valutazione oggettiva dei fatti ed in conformità con gli accordi OMC applicabili, formalmente al solo scopo di assistere l'organo di soluzione delle controversie (DSB) nel formulare le raccomandazioni e le decisioni per la soluzione delle controversie (art. 11 dell'Intesa). In base all'art. 16-4° cpv. dell'Intesa le parti di una controversia hanno facoltà di impedire l'adozione del rapporto del panel in seno al DSB notificando la decisione di ricorrere all'organo permanente di appello. Il diritto di appello concerne infatti il rapporto del panel precedentemente all'approvazione ad opera del "Dispute Settlement Body" (DSB), ed è limitato alle questioni giuridiche contemplate in tale rapporto e alle interpretazioni giuridiche sviluppate dal panel (art. 17 cpv. dell'Intesa).

Una controversia può essere composta dopo il rapporto del panel tramite compensazioni e concessioni, come alternative temporanee, o me-

dianche compensazioni reciprocamente accettate a seguito di negoziati (art. 22 dell'Intesa). Se ciò non avviene, il "Dispute Settlement Body" (DSB) potrà autorizzare la sospensione di obblighi quale contromisura.

Nel caso in cui venga adito, l'organo permanente di appello ha competenza a decidere definitivamente sui ricorsi per motivi di diritto nei confronti dei rapporti dei panels. La decisione dell'organo permanente di appello concerne "in toto" gli aspetti giuridici della questione; essa può confermare, modificare o annullare le constatazioni e le conclusioni giuridiche dei panel (art. 17-13° cpv.) Con l'adozione da parte dell'organo politico di soluzione delle controversie del rapporto del panel o della decisione dell'organo permanente di appello, che si atteggia come un vero e proprio tribunale internazionale costituito all'interno di una organizzazione per la soluzione imparziale di controversie tra gli Stati membri concernenti i rispettivi obblighi derivanti da norme rilevanti di diritto internazionale⁶⁸, si conclude la fase giudicante della procedura contenziosa.

Nella misura in cui la parte soccombente non ottemperi alle raccomandazioni e decisioni del "Dispute Settlement Body" (DSB) nel termine stabilito, è previsto il ricorso a due strumenti: la conclusione di accordi di compensazione o l'applicazione di contromisure. Le contromisure devono essere proporzionate al danno subito dal membro richiedente, sia dal punto di vista quantitativo che qualitativo (art. 22 dell'Intesa). Dall'art. 25 viene fatto salvo il ricorso all'arbitrato rapido nell'ambito dell'OMC, il quale è concepito come "sistema alternativo di risoluzione" di determinate controversie relative a questioni chiaramente definite da entrambe le parti. Salvo quanto altrimenti disposto, il ricorso all'arbitrato è soggetto alla reciproca intesa tra le parti che concordano le procedure da seguire.

Il meccanismo contenzioso previsto dall'Intesa, la cui applicazione va improntata al criterio della "trasparenza", oltre che a quello della "confidenzialità" proprio della materia commerciale, mira a porre fine a comportamenti illeciti nel settore. È evidente anche l'intento di salvaguardare l'equilibrio degli interessi economici e commerciali dei membri dell'OMC.

10. Il ricorso a contromisure nei conflitti tra Stati costituisce "the most difficult and controversial aspect of the whole regime of State

⁶⁸ Vedi SACERDOTI, *Il doppio grado di giudizio*, cit., p. 195.

responsibility”⁶⁹. Per quanto concerne le contromisure c.d. pacifiche, come il congelamento di beni o valori patrimoniali stranieri o la sospensione o restrizione dei rapporti commerciali con Stati stranieri – come l’embargo che è largamente praticato in quanto reazione a comportamenti illeciti dal punto di vista del diritto internazionale – esse possono divenire, in certi casi, “a fact of life, indeed a necessity, in an international system still essentially devoid of compulsory third-party in settlement of disputes and central law enforcement”⁷⁰. Non di rado le contromisure di cui sopra, anche se attuate in risposta ad un illecito internazionale di uno Stato, vengono considerate una sorta di “aggressione economica” o di ingiustificata ingerenza negli affari interni degli Stati che ne sono oggetto, oltre che causa di violazione di fondamentali diritti umani (alla protezione della salute, allo sviluppo, ad un ambiente salubre ecc.) della comunità territoriale che ne sopporta le conseguenze. Può quindi verificarsi che certi provvedimenti, adottati a titolo di contromisure, vengano ritenuti illeciti, in modo da mettere in causa la responsabilità degli Stati che li hanno posti in essere. In ogni caso non possono venire adottate misure commerciali restrittive incompatibili con il diritto internazionale, ed in particolare con il sistema dell’OMC, vigente nei rapporti con uno Stato ritenuto autore di un illecito particolarmente grave.

Nell’ambito della Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite si è a lungo discusso circa l’opportunità di prevedere nel progetto sulla responsabilità degli Stati un principio di necessario espletamento delle procedure di soluzione delle controversie prima che lo Stato che si ritiene leso possa adottare contromisure. Coloro che volevano introdurre questa esigenza – tra cui il Relatore speciale a cui si deve, la proposta, Arangio Ruiz – hanno fatto valere che la Commissione “should devise ways and means to correct more effectively the essential arbitrariness of the system of unilateral reactions”⁷¹.

Il problema fondamentale che si pone a proposito delle contromi-

⁶⁹ Vedi VERESHCHETIN, *Some observations on the New Proposal on Dispute Settlement*, in *European Journal of International Law*, 1994, n. 1, p. 57.

⁷⁰ Cfr. SIMMA, *Counter-measures and Dispute Settlement: A Plea for a different Balance*, in *European Journal of International Law*, 1994, n. 1, p. 102.

⁷¹ Cfr. ARANGIO RUIZ, *Counter-measures and Amicable Dispute Settlement. Means in the Settlement of State Responsibility: A Crucial Issue before the International Law Commission*, in *European Journal of International Law*, 3, 1994, pp. 22-53.

sure è di stabilire se e quando un comportamento in sé illecito, attuato come reazione ad un comportamento illecito altrui, possa legittimarsi nell'ordinamento internazionale.

Nell'art. 30 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale dello Stato è detto, alquanto genericamente che "L'illiceità di un atto di uno Stato non conforme ad un obbligo di tale Stato nei confronti di un altro Stato è esclusa se l'atto costituisce una misura legittima secondo il diritto internazionale contro l'altro Stato, in conseguenza di un atto internazionalmente illecito di tale altro Stato".

La questione dell'illiceità (o liceità) delle contromisure adottate da Stati in risposta a illeciti commessi nei loro confronti da altri Stati si fa particolarmente grave a proposito delle c.d. contromisure armate, e dipende, ovviamente, dal tipo di illecito commesso dal soggetto nei cui confronti viene esercitata la contromisura, e dalla gravità del danno arrecato. Deve infatti trattarsi di illeciti di assoluta gravità, come ad es., la violazione del divieto dell'uso della forza armata, o la violazione di fondamentali diritti umani, tali da colpire la comunità internazionale nel suo complesso"⁷².

a) Nel summenzionato Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale dello Stato le contromisure nei confronti di un atto internazionalmente illecito vengono distinte dalla legittima difesa, la quale è prevista nell'art. 34 del Progetto, per cui "L'illiceità di un atto di uno Stato non conforme ad un obbligo internazionale di tale Stato è esclusa se l'atto costituisce una misura di legittima difesa presa in conformità alla Carta delle Nazioni Unite".

L'art. 51 della Carta dell'QNU riconosce ad ogni membro il "diritto naturale" di autodifesa contro un attacco armato. Tale diritto è riconosciuto non soltanto ad membro delle Nazioni Unite vittima della violenza, ma anche ad ogni altro Stato che voglia portargli aiuto. Oltre all'autodifesa individuale viene infatti prevista quella collettiva nel caso in cui abbia luogo un attacco armato contro un membro delle Nazioni Unite, sinché il Consiglio di Sicurezza non abbia preso le misure necessarie per mantenere la pace e la sicurezza internazionale. Le misure adottate dai membri nell'esercizio di questo diritto debbono

⁷² In tema di contromisure nel diritto internazionale, anche per la-prassi relativa, vedi l'ampia trattazione fatta da FOCARELLI; *Le contromisure in diritto internazionale*, Milano, 1994.

essere immediatamente portate a conoscenza del Consiglio di Sicurezza e non pregiudicano il potere e il compito del Consiglio di intraprendere in qualsiasi momento l'azione che esso ritenga necessaria per mantenere o ristabilire la pace e la sicurezza internazionali.

Il principio relativo alla legittima difesa espresso nella Carta dell'ONU trova riscontro in quello vigente nel diritto internazionale generale. Un problema si pone peraltro circa la determinazione del momento preciso in cui si verifica la situazione di legittima difesa. Alcuni Stati hanno preteso di includere nel concetto di legittima difesa anche la cosiddetta "legittima difesa preventiva"⁷³, in quanto essa possa trovare applicazione anche contro un attacco imminente.

Ciò che assume anzitutto rilievo in proposito è la necessità pratica ed immediata di respingere un'aggressione indipendentemente da qualsiasi intenzione punitiva⁷⁴. La legittimità difesa non è infatti configurabile come rappresaglia o sanzione dell'illecito e non va confusa con l'adozione di contromisure da cui va anzi nettamente distinta.

In base all'art. 51 della Carta dell'ONU l'esercizio del diritto di legittima difesa è previsto come un primo mezzo temporaneo di reazione destinato a venire meno nel momento in cui il Consiglio di Sicurezza abbia preso le misure necessarie per ristabilire la pace e la sicurezza internazionale. Tali misure costituiscono un limite procedurale all'esercizio del diritto di legittima difesa, sempre che esse pongano effettivamente termine all'attacco armato o si sostituiscano con efficacia all'azione di autodifesa dello Stato colpito dall'aggressione.⁷⁵

b) Un obiettivo fondamentale perseguito dagli interventi disposti o autorizzati dal Consiglio di Sicurezza è quello di porre in essere le condizioni necessarie per l'applicazione del diritto umanitario e per lo svolgimento delle attività di soccorso umanitario in contesti turbati da gravi violenze. Tali operazioni militari, che non vengono intraprese da forze armate permanenti dell'ONU bensì da forze armate di Stati membri messe a disposizione dell'organizzazione, vengono in genere ricollegate ad una norma di diritto internazionale generale relativa a

⁷³ In senso favorevole vedi BOWETT, *Self-Defence in International Law*, Manchester, 1958, p. 187; SCWEBEL, *Aggression, Intervention and Self-Defence in Modern International Law*, in *Recueil des Cours*, 1972, II p. 479 e ss.

⁷⁴ Vedi MARCHISIO, *L'ONU*, cit., p. 248, il quale si richiama ad AGO, *Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati*, Napoli, 1986, Vol. II, 2, pp. 1360-1367.

⁷⁵ Cfr MARCHISIO, *L'ONU*, cit., p. 249.

un diritto-dovere di ingerenza umanitaria nel caso di genocidio o di violazione massiccia dei diritti umani, ovvero nel caso di uno stato di necessità derivante da una grave emergenza umanitaria⁷⁶.

Si è assai dibattuto circa l'ammissibilità di operazioni comportanti l'uso della forza armata, poste in essere da organizzazioni regionali in mancanza di una specifica ed espressa autorizzazione del Consiglio di Sicurezza nel caso in cui il Consiglio si trovi nell'impossibilità di decidere a motivo dell'opposizione di uno o più membri permanenti.

È questo, ad esempio, il caso dell'intervento della NATO in relazione alla crisi del Kosovo, iniziato il 23 marzo 1999 senza una preventiva autorizzazione del Consiglio di Sicurezza. Tale intervento era apparso alle autorità serbe come un atto di aggressione nei confronti della sovranità nazionale e dell'integrità territoriale della Repubblica iugoslava, nonché lesivo dei diritti umani della comunità serba. Ai più è invece sembrato conforme al diritto internazionale generale, in quanto fondato sul dovere di intervenire in seguito all'accertamento di gravissime violazioni dei diritti umani nell'area del Kosovo da parte serba. Vale comunque il rilievo di Conforti⁷⁷ che tre mesi di bombardamenti aerei della NATO contro la Repubblica iugoslava sono stati eccessivi e non conformi al pacifismo espresso in linea di principio nella Carta dell'ONU. In proposito possono essere comunque messe in causa le modalità di svolgimento delle operazioni militari aeree, non del tutto ortodosse.

Il problema dato da collisioni tra il principio del divieto dell'uso della forza, di cui all'art. 2-4° cpv. della Carta dell'ONU, e le effettive garanzie di applicazione del diritto umanitario e dell'assistenza umanitaria in situazioni caratterizzate da gravi conflitti e tensioni, può trovare soluzione nella ricerca di più perfezionati strumenti di soluzione dei conflitti interni e internazionali – sul presupposto dell'esistenza di "obligations of a State towards the International Community as a whole"⁷⁸.

È ovvio che l'adozione di questa o quella misura va commisurata alla gravità e all'entità dell'illecito commesso e del danno procurato,

⁷⁶ Vedi LATTANZI, *Assistenza umanitaria e intervento umanitario*, Torino 1997. Anche secondo LEANZA, (*Diritto internazionale e interventi umanitari*, in *Rivista della Cooperazione giuridica internazionale*, n. 6, 2000, p. 27) il diritto internazionale generale "non esclude l'impiego della forza quando si tratti di tutelare valori ritenuti essenziali della Comunità internazionale".

⁷⁷ Cfr. CONFORTI, *Le Nazioni Unite* 6^a ed., cit., p. 227.

⁷⁸ Vedi HILPOLD, *Humanitarian Intervention. Is there a Need for a Legal Reappraisal?*, in *European Journal of international Law*, 2001, n. 3 p. 417 e ss.

in base ad un rapporto di proporzionalità; considerando anche l'opportunità di non opporre ad un torto un altro torto, senza perdere di vista la questione dell'efficacia del provvedimento adottato in riparazione del danno procurato.

EDUARDO ROZO ACUÑA

La globalización y el moderno estado de derecho (con especial referencia a Latinoamérica)

ABSTRACT

La mondializzazione come diffusione ed imposizione dei modelli di vita dei paesi più industrializzati, particolarmente d'Europa e degli Stati Uniti, ha molte dimensioni.

L'articolo si sofferma sulla dimensione politico-giuridica, più specificamente sul modello di stato moderno, costituzionale, di diritto, per considerare gli aspetti positivi di questa globalizzazione in modo particolare nell'America Latina. Purtroppo, considera l'autore, lo stato di diritto va accompagnato anche dal modello di economia capitalista, la cui mondializzazione senza le dovute riforme, adattamenti e/o senza la governance necessaria alla fine impedisce l'attuazione di questo tipo di Stato che si è dimostrato fino ad oggi il più funzionale alla libertà e alla democrazia.

EDUARDO ROZO ACUÑA *

LA GLOBALIZACION Y EL MODERNO ESTADO DE DERECHO

(Con especial referencia a Latinoamérica)

SUMARIO

1) *Capitalismo, liberalismo y constitucionalismo.* 2) *Expansión del capitalismo, del liberalismo e del constitucionalismo.* 3) *El socialismo y el estado de derecho marxistas.* 4) *La expansión del socialismo y del estado de derecho marxistas.* 5) *El fin del socialismo y del estado de derecho marxistas.* 6) *La globalización del capitalismo y del liberalismo.* 7) *La globalización de las instituciones democráticas liberales.* 8) *Globalización e instituciones constitucionales en América Latina.* 9) *Globalización, administración y estado de derecho en América Latina.* 10) *Nota conclusiva sobre la globalización política.*

1. *Capitalismo, liberalismo y constitucionalismo*

Los tres conceptos son inseparables. No existen separadamente, hacen parte de un todo social, económico y político que, en su formación, en Europa Occidental, da sus primeros pasos en la baja edad media, y sigue en un proceso de desarrollo casi lineal hasta nuestros días¹. La sociedad capitalista se caracteriza por el papel fundamental que en ella juega la clase social que detenta los instrumentos y medios de producción: la burguesía. Fue ella la que hizo la primera revolución moderna para cambiar radicalmente el modelo de sociedad cerrada, feudal, rural, imperante durante la edad media, en sociedad abierta y mercantil. Con esta revolución², el modelo de relaciones de producción feudales, es reemplazado por el de relaciones capitalistas. Esto es, los papeles sociales del señor y del siervo son cambiados por los del burgués y del asalariado. Este cambio en la forma de produc-

* Ordinario de Derecho Público Comparado. Director del Instituto de Derecho Público. Facultad de Derecho-Universidad de Urbino.

¹ Ver, G.D.H. COLE, *La organización política*, Ed. F.C.E., México, 1972.

² Esta revolución que lleva al mercantilismo es analizada en gran forma por MAX WEBER, *Historia general de la economía*, Ed. F.C.E., México, 1964, pp. 292 ss.

ción conlleva el cambio político del estado feudal en estado absolutista, centralizado, unitario, como primera forma del Estado nacional³.

El Estado Nacional es esencialmente el resultado de la centralización del poder, que antes, en el feudalismo, se encontraba fragmentado o pulverizado, como consecuencia de la disolución del Imperio Romano de Occidente. La burguesía mercantil tenía el interés de agrandar el territorio para sus mercados y de integrar a la población, ya considerada en su papel de consumidora. En alianza con la realeza feudal, la burguesía logra dominar a los señores feudales, unificar el poder político, integrar los territorios y las poblaciones, creando así, la primera forma de estado moderno: el Estado Nacional, monárquico absolutista. Este tipo de Estado nace basado en el poder tradicional de la nobleza o realeza y en el poder económico de los burgueses⁴. Éstos le ofrecen al monarca su apoyo financiero y éste les asegura la libertad de comercio y la intervención del Estado para garantizar la seguridad interna e internacional en sus actividades comerciales. La actividad mercantil de la burguesía, asegurada en su expansión y en su proceso de acumulación de riqueza con la intervención favorable del Estado, permitirá a su vez un desarrollo ulterior del Estado Nacional. Desarrollo que se traducirá en la construcción de los primeros grandes imperios del mundo moderno: España, Inglaterra, Francia, Holanda, Portugal, los más grandes ejemplos de intentos exitosos de globalización económica y política en el mundo moderno, después del impresionante proceso de mundialización que significó el Imperio Romano⁵.

Para la burguesía mercantil, el crecimiento en poder económico produce las naturales aspiraciones de dominio político, que la llevarán a organizar y realizar la segunda gran revolución, la liberal, con la cual, de aliado del rey, pasará al ejercicio directo del poder político. Esta segunda revolución se llama liberal por estar alimentada de las teorías y doctrinas de los derechos y libertades naturales de los hombres, que son la base y la justificación de la nueva forma de Estado

³ Sobre la materia, el libro que mejor analiza el Estado absolutista, es de T. HOBBS, *El Leviatán*, Ed. F.C.E., México, 1940. Ver también, P. ANDERSON, *Lo Stato assoluto. Origini ed evoluzione dell'assolutismo occidentale e orientale*, Ed. Giuffrè, Milano, 1980.

⁴ Ver, R.H. CROSSMAN, *Biografía Estado Moderno*, Ed. F.C.E., México, 1965.

⁵ Sobre el tema del imperialismo moderno, ver, W. J. MOMMSEN, *L'età dell'imperialismo*, Ed. Feltrinelli, Milano, 1970.

Nacional liberal-burgués. La burguesía hace la revolución contra el absolutismo proclamando los derechos naturales a la vida, la libertad, la igualdad, la propiedad y la seguridad⁶. Con el triunfo de la revolución, estos principios libertarios se traducen políticamente en la fundación del Estado liberal de derecho, es decir, el que nace de la aceptación de los derechos y de las libertades de los hombres, que funciona y se justifica por su servicio en favor del progreso de los mismos y de la entera sociedad. Entre los derechos y libertades fundamentales del nuevo Estado sobresalen aquellos de carácter económico y los políticos. Los primeros son la esencia del capitalismo, los segundos, el fundamento del constitucionalismo o del estado de derecho liberal⁷.

Las libertades y derechos económicos se sintetizan en la propiedad privada, la libertad de industria, comercio y trabajo; la libertad de oferta e de demanda de capitales, bienes, servicios y trabajo que, en síntesis, dan vida a la economía de mercado. Las libertades y derechos políticos se resumen en la participación del pueblo en la creación de la ley y del gobierno, para darle la forma que más convenga a sus intereses, para cambiarlo cuando lo juzgue necesario, para que funcione en respeto y desarrollo de la ley y del derecho, que son los principios básicos del constitucionalismo o del estado liberal de derecho. Se trata así del liberalismo económico y del liberalismo político que integralmente crean el capitalismo y el constitucionalismo, y, los dos, el estado liberal-democrático o de derecho⁸.

2. *Expansión del capitalismo, del liberalismo y del constitucionalismo*

El modelo de estado capitalista, liberal y constitucional, se expande en el mundo occidental especialmente a través de los textos jurídico-políticos que comprenden sus principios fundamentales: La *Bill of Rights* de Inglaterra de 1689, Carta de derechos proclamada por la *Glorious Revolution* que puso fin al absolutismo monárquico inglés y dio comienzo al estado liberal-burgués; la *Declaration of Independence*

⁶ Ver, J. LOCKE, *Ensayos sobre el gobierno civil*, Ed. F.C.E., México, 1941 – existen nuevas ediciones.

⁷ Ver, T. PAINE, *Los Derechos del Hombre*, Ed. F.C.E., México, 1945; N. Matteucci, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo Moderno*, Torino, 1976.

⁸ H. LASKI, *Le origini del liberalismo europeo*, Firenze, 1962.

de los Estados Unidos de América de 1776, que puso fin a la monarquía y al imperio inglés en América y que sirvió de base para el nuevo tipo de estado republicano y liberal de los Estados Unidos; la *Déclaration de droits de l'homme e des citoyens* de 1789, que acabó con el Antiguo Régimen de la sociedad aristocrática, desigual y con el absolutismo político en Francia⁹, y, por último, pero no menos importante, la *Constitución de Cádiz* de 1812, que marca el comienzo del Estado liberal en España y sirve de modelo en América Latina y en algunos países de Europa¹⁰.

La expansión liberal democrática y capitalista se realiza en todo el resto de América, desde el Rio Grande hasta el Rio de la Plata. En efecto, los movimientos de independencia de todos los territorios coloniales de España, de comienzos del siglo XIX, adoptan, como instrumentos ideológicos de lucha, las mencionadas cartas de derechos con sus dos elementos esenciales: las libertades fundamentales y los derechos políticos y económicos. Es decir, por una parte, el Estado liberal y la economía burguesa de mercado, por la otra. Las excepciones, en el vasto subcontinente, son sólo dos, el Brasil y Cuba, pero sólo hasta el último cuarto del siglo XIX, pues con sus independencias respectivamente de Portugal y de España, las dos ex-colonias adoptarán también el modelo capitalista en lo económico y el liberal burgués en lo político, homologándose con el resto de América¹¹. La organización de la sociedad según las formas liberales en lo económico y en lo político, consagradas en un texto magno – la constitución –, de máxima jerarquía, con obligación de cumplimiento para gobernados y gobernantes, se vuelve imperativo común para todos los países americanos, como lo será también, aunque sí mucho más tarde, para toda Europa Occidental. Es una expansión institucional global que comprende de ese modo la mayor parte del mundo¹².

Para los países de África y de Asia la expansión del modelo capitalista de economía y del Estado liberal-burgués tendrá lugar mucho

⁹ Sobre las cartas de los derechos, F. BATTAGLIA, *Le carte dei diritti*, Firenze, 1946 – hay una nueva edición de 1999 –.

¹⁰ Ver, L. ALAYZA PAZ SOLDÁN, *La constitución de Cadiz de 1812*, Lima, 1956; M. MARTÍNEZ SOSPEDRA, *El primer liberalismo español. La Constitución de Cádiz*, Valencia, 1976.

¹¹ AA.VV., *Evolución de la organización político-constitucional en America Latina*, México, 1978.

¹² Ver, M. DUVERGER, *Constitutions et documents politiques*, PUF. Paris, 1957.

más tarde, precisamente después de la Segunda Guerra Mundial. Especialmente con los movimientos de descolonización e independencia, como resultado de la victoria, en ese conflicto bélico, de los aliados, a la cabeza con los Estados Unidos, defensores de la libertad y de los derechos fundamentales de los hombres, y con la creación de la Organización Internacional de las Naciones Unidas para la defensa de la libertad, la igualdad, la seguridad y el desarrollo de todos los pueblos y de todas las personas. Pero en estas nuevas experiencias, sucede algo muy diferente a lo acaecido durante el siglo pasado en América. Son dos los modelos económicos y políticos que rivalizan por imponerse en esos dos continentes: el capitalista, liberal-burgués y el socialista marxista. Esta lucha se desarrolla hasta sus últimas consecuencias, inclusive con el recurso a las armas, como lo demuestra la historia mundial de los últimos cincuenta años del siglo XX¹³. La expansión de los dos modelos – liberal y socialista – tiene un denominador común formal. Los dos proclaman la defensa de los derechos y libertades por medio de un estado de derecho, pero con una diferencia específica: la diversa, opuesta y antagónica concepción del hombre, la sociedad, la economía y el estado. Pero si el contenido y los fines de la constitución y del derecho liberal burgués son muy diferentes a los del socialismo marxista, de todas formas la constitución en las dos experiencias es la norma fundamental para la organización económica, social y política de los pueblos y para la defensa de sus diversos derechos y libertades¹⁴.

3. *El socialismo y el estado marxistas*

El desarrollo y la globalización del modelo del capitalismo e del Estado liberal burgués no suceden sin obstáculos y oposiciones. Desde la segunda mitad del siglo XIX aparecen las críticas y la elaboración de modelos en contraposición. Las críticas y las propuestas de nuevos modelos de sociedad y de estado que se contraponen al capitalismo y al estado liberal burgués, que más éxito han tenido históricamente hasta nuestros días, han sido las elaboradas por Marx, Engels, Lenin y

¹³ Ver, G. CALCHI NOVATI, *La decolonizzazione*, Loescher Ed., Torino, 1983.

¹⁴ ALEXANDROV et altri, *Teoría del Estado y del Derecho*, Ed. Grijalbo, México, 1962.

Mao-Tse-Tung, es decir, las teorías y la prácticas del socialismo marxista, *tout court*. Su éxito, hasta finales del siglo XX, fue global pues abarcó muchos países de los cuatro continentes, más de la mitad de la población y del territorio mundiales¹⁵.

El socialismo marxista nace y se desarrolla como crítica contra el capitalismo. Esto es, al modo de producción que se basa en las relaciones productivas entre propietarios de los medios e instrumentos de producción y propietarios de la fuerza de trabajo, es decir, entre capitalistas y trabajadores o proletarios. El producto de esta relación de producción viene repartido, en una mínima parte, al propietario del trabajo, como retribución, paga o salario. El resto, la mayor parte, va al propietario de los medios e instrumentos de producción, como ganancia o renta. Al trabajador, lo que recibe por su aporte a la producción, el salario, es apenas suficiente para permitirle mantenerse en vida y reproducirse. Al capitalista, la parte que le queda comprende la retribución a los factores de producción de su propiedad, más lo que se ha dejado de corresponder al asalariado por su trabajo, es decir, la plusvalía. De esta forma, el capitalista tiene la posibilidad de conservar su propiedad y de acumular ganancias o rentas que aumentarán geométricamente en el tiempo. Con este modo de producción y de acumulación de riqueza se desarrolla el capitalismo y crece el poder económico de la burguesía. El socialismo marxista, entonces, deduce que el capitalismo es una forma de producción en la cual el propietario de los medios e instrumentos de producción, el capitalista, explota al propietario del trabajo, al proletario y, por lo tanto, es claro que se trata de un modo de producción basado en la explotación del hombre por el hombre¹⁶.

Para asegurar en el tiempo este modo de producción, mantener las relaciones sociales y el tipo de sociedad clasista que produce, se hace necesario que la clase dominante, la burguesía, se organice políticamente y ejerza todo su poder bajo la forma del Estado liberal-burgués. En este tipo de estado, la constitución y el derecho en general, promulgan y defienden derechos y libertades que, en un primer mo-

¹⁵ Como ejemplos ver, M. LESAGE, *Le régimes politiques de l'Urss et des Pays de l'Est*, Paris, 1971; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *La Repubblica Popolare Cinese*, Milano, 1977.

¹⁶ Ver especialmente, K. MARX, *El Capital*, Ed. F.C.E., México, 1966, T. III e F. ENGELS, *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*, Ed. Progreso, Moscú, 1965.

mento, son sólo formales para el pueblo y reales para los propietarios de los medios e instrumentos de producción, esto es, para la clase capitalista. Es un tipo de Estado que, en este sentido, tiene como finalidad fundamental esencial mantener la desigualdad real entre las personas, mientras semánticamente defiende una igualdad formal aún delante de la ley. Para combatir y derrotar al capitalismo y al Estado liberal, esto es, a la sociedad clasista, al derecho formal y a la economía burguesa o de mercado, después de estudiarlos y conocerlos para tomar conciencia, el socialismo marxista propone al proletariado la revolución armada, que acabe con ellos mediante la institución de la dictadura del proletariado. Con ésta, se sientan las bases para la construcción del socialismo como forma social de producción y de Estado democrático.

El socialismo, desde el punto de vista de los derechos y de las libertades propone la abolición de todos aquéllos de carácter individualista y de contenido económico, esto es, la propiedad privada de los instrumentos y medios de producción, la libertad de empresa, de oferta y demanda, la libre iniciativa privada, es decir, de toda economía capitalista, de mercado. En su reemplazo se propone la propiedad socialista o colectiva de los medios e instrumentos de la producción, que lleva a la construcción de la sociedad sin clases, y la planificación de la economía para regular la producción, la distribución, el consumo, el ahorro y la inversión, y lograr el desarrollo integral de la sociedad. En lugar del Estado liberal, del derecho y de la constitución burgueses, se propone la abolición del estado como aparato de represión y explotación, el desarrollo del derecho colectivo y de la constitución marxista que defiendan la colectivización, el partido único del proletariado, la centralización democrática del poder, en vez de su división ficticia, que permitan, conclusivamente, la creación del ideal de la sociedad comunista¹⁷.

4. La expansión del socialismo y del estado de derecho marxistas

Estas interpretaciones del capitalismo y del estado liberal burgués, junto con las teorías de la revolución proletaria, del estado y del derecho socialista-marxistas se desarrollan y difunden en el mundo parti-

¹⁷ V. LENNIN, *El Estado y la Revolución*, Ed. Sudamerica, Bogotá, 1962.

cularmente a partir de la segunda mitad del siglo XIX. A principios del siglo XX, en 1917, el modelo marxista comienza a ser puesto en práctica en Rusia con la revolución bolcheviche. Con ella se instaura la primera dictadura formal del proletariado, que llevará a la construcción de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, primer Estado socialista marxista, colectivista-comunista, con economía planificada. Al terminar la Segunda Guerra Mundial, la URSS, como vencedora, logra imponer la solución socialista marxista a todos los países de Europa Oriental y a la mitad de Alemania, países que adoptarán las formas de la economía planificada, sobre la base de la propiedad colectiva; el derecho y el estado socialistas con el centralismo democrático basado en el partido único, el comunista. Contemporáneamente, en el vastísimo territorio y en la pobladísima China, el leader Mao-Tse-Tung vence, con la Gran Marcha, la revolución en 1949, contra los nacionalistas de Chiang Kai-shek, y logra implantar el régimen político y económico socialista marxista-maoista en todo ese subcontinente, con excepción de la Isla de Formosa. Experiencias similares se tienen durante la segunda mitad del siglo XX en Corea y Vietnam; Cuba, Nicaragua y en Chile con Allende, históricamente primer presidente marxista popularmente elegido; Libia, Argelia, Egipto y Yemen (del sud). En el África negra también se intenta la solución marxista, como en la experiencia del ex Congo belga y otros países más, aunque con resultados al final negativos. Es innegable que, desde la revolución rusa de 1917 y hasta comienzos de los años 90, la expansión global del modelo de la economía socialista y del estado marxista fue muy intensa y extensa.

5. El fin del Estado y de la Economía Socialista Marxista

Lo que generaciones y hombres de Estado construyeron en decenios, en menos de un quinquenio se extinguió. Los países comunistas y de socialismo real, la Unión Soviética y todos los países de Europa Oriental, dejaron de existir en sus formas de economía y de estado socialistas¹⁸. Durante los seis años largos de su gobierno, el leader soviético Gorbachov, con sus programas fallidos de reformas políticas y económicas, que comprendían principalmente la *perestroika*, la *glas-*

¹⁸ E. ROZO ACUÑA, *Introducción a las instituciones políticas*, Ed. G. Ibáñez, Bogotá, 1998, 6ª edición, pp. 204 ss.

nost, la *zakonnost* y la *demokratizatsiya* – restructuración, transparencia, legalidad y democratización – provocó las condiciones para poner punto final a la experiencia marxista. El mundo occidental, capitalista, liberal-democrático, incluyendo el Vaticano, apoyaron e impulsaron por propia conveniencia los programas de Gorbachov hasta cuando éstos movilizaron la mayor parte de los grupos de poder de la Urss. Al momento de financiar económicamente la continuación de las reformas, las potencias capitalistas occidentales y el Japón se retiraron dejando a ese país en la crisis total, provocando la caída de Gorbachov y la toma del poder por los opositores del marxismo-leninismo. En efecto, en la reunión de los siete países más industrializados en Londres, de la primavera de 1991, se le negaron a la Urss los préstamos que hubieran podido salvar al gobierno y permitir la continuidad del sistema, pero al mundo capitalista no le podía convenir esta solución. En los planes del Occidente capitalista y de la diplomacia vaticana se esperaba y se confiaba en la caída de la Urss a causa de la grave crisis económica y política que provocaría el fracaso de los programas de reformas políticas y económicas de la *glasnot* y de la *perestroika*. En efecto, la crisis final se presentó en diciembre de 1991, después de que Gorbachov recibiera el no a la financiación de las reformas por parte del Occidente, y el sistema se derrumbó luego de los tentativos de golpe de estado del verano del mismo año.

Antes, en octubre de 1989, Gorbachov se había encargado de darle el golpe final a la República Democrática Alemana, al declarar como política internacional de su gobierno que los problemas de la RDA debían ser resueltos en Berlín y no en Moscú. Lo que provocó enseguida el cambio del secretario del partido comunista germano-oriental, Honecker, y la movilización de la población contra el gobierno que simbólicamente empezó a derrumbar el muro de Berlín, que desde 1961 separaba a las dos Alemanias, la occidental capitalista y la oriental socialista. Iniciaba así la extinción del socialismo y la democracia marxistas de Europa Oriental¹⁹.

Luego de la RDA siguieron Polonia, Hungría, Checoslovaquia, Rumania, Albania, Bulgaria y Yugoslavia. Unos países con mayor fortuna que otros. Ejemplo entre estos últimos, Yugoslavia, Rumania y Bulgaria, y entre los primeros, Polonia y Hungría que han podido instaurar

¹⁹ E. ROZO ACUÑA, *El fin del socialismo real de Europa Oriental en Introducción a las instituciones políticas*, Ed, Ibañez, Bogotá, 1998, pp. 211 ss.

con relativo éxito el liberalismo político parlamentarista y la economía de mercado²⁰. En todos ellos, el socialismo y el estado marxistas quedaron como parte de la historia pasada de esos países. Se mantienen aún en Cuba, Corea del Norte, Vietnam y en la China de Pekín, pero en todos estos países se vive un proceso de cambio relativamente rápido hacia economías “libres” y formas políticas liberales²¹.

6. La globalización de la economía capitalista y del liberalismo

Con la caída del Muro de Berlín se tuvo en el mundo entero la idea clara del fin del socialismo y del estado marxistas. A partir de los años 90 del siglo XX, la globalización total del capitalismo en lo económico y de la democracia liberal en lo político no tendría obstáculo alguno. Los países socialistas que sobreviven no tienen el desarrollo político ni económico para ser líderes globalizadores. El sistema de socialismo cubano dejó de ser hace muchos años, por lo menos desde los años 80, un modelo para América Latina, mientras que en esa época la política anticubana y anticomunista de los Estados Unidos en todo el subcontinente, terminó anulando y mandando al traste los esfuerzos de democratización del subcontinente. Ejemplos símbolo de los resultados de esta política, han sido el sangriento golpe de Estado contra el gobierno socialista de Allende en Chile, en 1973, y la instauración de la feroz dictadura de Pinochet; los golpes de estado en Brasil contra los presidentes Quadros y Goulart y la instauración en ese país de la dictadura militar de los años 60 en adelante, y los similares procesos de Uruguay, Bolivia, Ecuador, Perú, Panamá, República Dominicana y de la mayor parte de países de la América Central y del Caribe. En Nicaragua, luego de la revolución victoriosa del Sandinismo, se intentó instituir el socialismo marxista, pero los efectos de la política norteamericana de oposición, lo mismo que la caída del Muro de Berlín y del socialismo soviético fueron muy negativos para

²⁰ P. BISCARETTI DI RUFFIA, 1988-1990, *un triennio di profonde trasformazioni costituzionali*, Giuffré, Milano 1991.

²¹ El ejemplo más saliente es el de la China, que ha firmado acuerdos comerciales con los EEUU y ha entrado a formar parte della Organización Mundial del Comercio. Ver, NAPOLEONE COLAJANNI, *La Cina contemporanea*, Newton Compton, Roma, 1994.

el sandinismo hasta el punto que esa experiencia también llegó a su fin a comienzos de los años 90²².

La China comunista y su modelo político-económico en América Latina ha tenido una influencia muy estrecha y marginal, especialmente en algunos grupos guerrilleros del Perú, como *Sendero Luminoso*, los *Tupamaros* en Uruguay y Argentina y, en los últimos años, en los movimientos agrarios del Chiapas en México. También en ciertos sectores minoritarios de la guerrilla colombiana que, como se sabe, es la que cuenta con la más larga trayectoria combativa, habiendo llegado a dominar más de la mitad del territorio. Pero la China no tiene capacidad económica ni cultura política, como las tenía la Urss, para difundir el socialismo marxista-maoísta en América Latina. En la actualidad, después de más de una década, borrado el socialismo y el estado marxistas en la Unión Soviética y en Europa Oriental, es ya imposible volver a intentarlo, considerando que los modelos del capitalismo y del liberalismo político, comenzando el tercer milenio sin rival en el mundo entero, han ya logrado el máximo de globalización.

La expansión del liberalismo económico ha llegado en su última fase en América Latina, como en el resto del mundo, bajo las formas de la privatización de la mayor parte de las actividades estatales y no sólo de aquellas económicas. Se privatizan las empresas y las sociedades de economía estatal, mixta o con participación del estado. El Estado como agente económico dejó de existir en Europa²³ y en los principales países de América Latina en la década de los 90 y hoy el proceso ha prácticamente concluído. Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, México, Perú pueden ser citados como ejemplos en el campo de las privatizaciones. En estos países, el Estado ha sacado a la venta sus principales empresas industriales, comerciales y sociedades económicas y se ha llegado a privatizar hasta las empresas de prestación de los servicios de salud, previsión social, fondos de pensiones y hasta los servicios públicos esenciales, como transporte, agua, luz, teléfonos y buena parte del servicio de seguridad ciudadana. También la contratación y las relaciones laborales públicas cambian cada vez más hacia formas privadas. La Banca Mundial y el Fondo Monetario Internacional han presionado el cambio, pero la privatización, sobre todo, se ha tenido que admitir

²² D. POMPEJANO, *Storia e conflitti del Centroamerica*, Ed Giunti, Firenze, 1991, pp. 137 ss.

²³ C. DEBBASCH, *Les privatisations en Europe*, Paris, 1989.

luego de los fracasos del modelo de economía estatal o de aquellas economías que tenían un fuerte sector público²⁴.

Este proceso de globalización de las privatizaciones generalizadas abarca todo el mundo y obedece en gran parte a la situación que se ha creado después de la extinción del socialismo en la Urss y en Europa Oriental. Es la consecuencia de la nueva concepción del mercado, como mecanismo mágico que no sólo crea riqueza a las naciones sino que también produce orden y justicia y, por este motivo, la ley de la libertad de oferta y demanda se transforma un principio más universal que en los tiempos de sus ideadores y teóricos, Smith y Ricardo. El hecho que la otra solución, la socialista colectivista y planificada, propuesta como alternativa para lograr el desarrollo económico y social de los pueblos, haya fracasado, es la prueba reina de que en el presente no hay otra vía. Para el nuevo milenio el neoliberalismo es la *Solución*²⁵.

El otro aspecto de la privatización globalizada se relaciona con el Estado. Según la vieja concepción liberal de finales del siglo XVIII y de todo el XIX, el Estado debe ser como un gendarme, como un policía que vigila en las calles e interviene sólo en caso de que las relaciones entre las personas sufran alguna anormalidad. Es el Estado del *laissez-faire*, *laissez-passer* o Estado Gendarme. Este tipo de Estado liberal, después de la Primera Guerra Mundial, especialmente en Alemania con la Constitución de Weimar, comenzó a sufrir cambios fundamentales, hasta el punto de convertirse en Estado social, benefactor, interventor e instrumento directo para lograr el desarrollo económico, social, político de los pueblos. De *gendarme* se convierte en *agente* del cambio, en productor de bienes y servicios, inversionista, bancario, "capitalista", empresario, en el sentido de ser gran propietario de medios e instrumentos de producción. No sólo, es también planificador o programador de la economía y de la sociedad, con más poder que el *Leviathan*²⁶.

²⁴ Sobre privatización en latinoamérica ver, J.R. DROMI, *Reforma del Estado y Privatizaciones*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1991. Anche, A. TAFUR GALVIS, *La Constitución de 1991 y la modernización del Estado colombiano -Privatización de empresa públicas-*, Bogotá, Ed. Universidad Externado, 1993, pp. 181 ss.

²⁵ F. A. HAYEK, *The constitution of liberty*, Ed. London and Henley, London, 1976

²⁶ G. AMATO, *Lo Stato sociale. Verità e problemi in Forme di Stato e di governo*, *Manuale di diritto pubblico*, I l Mulino, Bologna, 1998, v. I, pp. 52 ss.

Este nuevo tipo o modelo de Estado social de derecho, que se expande por el mundo, es en gran parte la respuesta del liberalismo burgués a las críticas y a los desafíos del socialismo marxista. Para superar la desocupación, la pobreza, el exceso de concentración de la riqueza, la mala distribución de las oportunidades, el Estado debe intervenir en todos los campos, inclusive en forma planificada o programada, como lo había enseñado el socialismo marxista. No hay duda que esta reforma del Estado burgués, nueva en su organización y funcionamiento, produce el efecto de frenar la expansión del socialismo y, sobre todo, ayuda a demostrar que el capitalismo regulado por el Estado, que el mercado limitado por el interés colectivo, es capaz de producir bienestar y mejores condiciones económicas, sociales y políticas para las clases trabajadoras. Los milagros económicos, sociales y políticos de Europa occidental obtenidos después de la segunda guerra mundial con este nuevo modelo de estado liberal-democrático, de economía capitalista, de mercado, pero con una fuerte intervención estatal programada gracias a la existencia de un fuerte sector económico público, dejan a los países socialistas muy atrás en todos los campos, especialmente en lo económico y político²⁷.

Esta diferencia en desarrollo económico y político, de bienestar general entre capitalismo y socialismo, jugará a la larga un papel muy importante en la caída del socialismo soviético y del oriente europeo, y terminará por convencer a la mayor parte de los países del mundo, especialmente de América Latina, de la bondad del liberalismo económico y político, como modelo universalmente válido, y de la menor o nula funcionalidad de los otros modelos, especialmente del socialista marxista.

7. La globalización de las instituciones democráticas liberales

Come se sabe, la Segunda Guerra Mundial termina con la victoria de los Estados Unidos y sus aliados Francia e Inglaterra, en la parte occidental de Europa, y de la Unión Soviética en toda la parte oriental de Europa, contra los países totalitarios nazi-fascistas, Alemania, Italia y Japón. En el sentido más formalmente aceptado, se trató de una victoria de la democracia y de la libertad contra el autoritarismo,

²⁷ A. GAUTHIER, *L'economia mondiale dal 1945 ad oggi*, Bologna, Il Mulino, 2001.

la dictadura y el totalitarismo. Por esta razón, al terminar este conflicto mundial queda campante en Europa Occidental el modelo liberal democrático representado especialmente por los Estados Unidos, con las excepciones de España y Portugal, que seguirán hasta los años 70 bajo los regímenes autocráticos de Franco y de Salazar, respectivamente. Así, las instituciones del Estado de derecho liberal burgués se convierten en el denominador común de Occidente, incluyendo Portugal y España dónde, luego de la desaparición de los respectivos dictadores, las adoptarán en forma completa²⁸.

Las instituciones del moderno estado de derecho, de última generación, son especialmente:

1. Una constitución escrita que comprende precisamente un catálogo de garantías y de derechos no sólo de aquéllos de primera generación sino también de los que han sido el resultado de los últimos desarrollos de la sociedad²⁹; la organización del poder público nacional y local, con base en el principio de la separación y de la colaboración orgánica y funcional; la creación y el desarrollo de los órganos y de las funciones de control; las previsiones normativas sobre el gobierno de la economía; los mecanismos de garantía de la supremacía de la constitución y los procedimientos para la revisión constitucional.

2. Las instituciones de participación del pueblo en la toma, ejecución y control de las decisiones públicas, que comprenden los derechos políticos activos y pasivos, que hacen parte de la democracia indirecta y los derechos de participación popular directa por medio del referendun, la iniciativa legislativa y constitucional, el control constitucional directo, las asambleas populares y cabildos abiertos, la consulta popular, el mandato imperativo y la revocación del mandato.

3. La existencia autónoma e independiente, constitucionalmente garantizada, de grupos intermedios entre el estado y el individuo que, como los partidos políticos, sindicatos, asociaciones y demás grupos de interés, representan y defienden los intereses colectivos y sirven de canales de participación política y administrativa de los ciudadanos.

4. En desarrollo de la libertad de expresión del pensamiento, el

²⁸ Para Portugal ver, GOMES CANETILETO-VITAL NORETRA, *Fundamentos da Constituição* (de 1976), Coimbra, 1997. Para España, L. SÁNCHEZ AGESTA, *El sistema político de la constitución española de 1978*, Madrid, 1980.

²⁹ VER, EDUARDO ROZO ACUÑA, *Diritti e doveri di terza generazione* in *Diritti Umani*, Quaderni del Consiglio Regionale delle Marche, Ancona, 2000, pgs. 123 ss.

nuevo Estado de derecho garantiza la libertad de prensa, de radio, televisión, es decir de los medios de comunicación de masas, como verdaderos canales de participación ciudadana e instrumento de control político sobre gobernantes y administradores.

5. La burocracia estatal y local en el nuevo Estado de derecho es representativa y democrática, en el sentido que su reclutamiento, permanencia y ascenso son determinados por los principios y reglas universales de la carrera administrativa, según los cuales los funcionarios públicos son escogidos con base al mérito y no con criterio político, superándose así la tradicional burocracia del *spoils system* o de nombramiento político partidista.

6. La fuerza armada en el moderno Estado de derecho corresponde a una institución profesional apolítica, no deliberante, sometida a la constitución y a la ley, con la principal función de defender la integridad territorial y la seguridad interna. No puede ni debe tener como tarea la defensa de la constitución y de las instituciones políticas ni el desarrollo económico o social por ser estas tareas un derecho-deber de los gobernantes y una obligación jurídica de los gobernados. Esta última prohibición se justifica para impedir que la fuerza armada intervenga en cuestiones que son esencialmente políticas.

7. El aparato de finanzas públicas, fundamental para la obtención de los recursos económicos necesarios para la ejecución de las políticas públicas que tiendan a la realización de una sociedad justa, al tiempo que armónicamente desarrollada. Su carácter técnico y su eficiencia, lo mismo que su representatividad democrática por ser de carrera, deben asegurar el principio de que todos están obligados a colaborar económicamente a los gastos públicos y a la inversión social, en modo proporcional a las propias posibilidades.

8. El nuevo Estado de derecho requiere que las instituciones universitarias correspondan a la más alta calidad académica y científica, y que entre ellas sobresalgan las escuelas de derecho, que tienen la gran misión de preparar los juristas y jurisperitos, que son la principal defensa del imperio de la constitución y de la ley, sin lo cual no es posible garantizar la existencia de este tipo especial de Estado de derecho, democrático y liberal.

9. La mayor autonomía e independencia de la rama judicial del poder público que de esta manera se transforma en el poder que garantiza el imperio de la ley y de la constitución, es otra de las importantes condiciones del nuevo estado de derecho. Los jueces, además de la función jurisdiccional que les compete, están llamados a defen-

der la supremacía de la constitución por medio de sus atribuciones de control de constitucionalidad difuso o concentrado. En Europa, sin embargo, el poder de garantía y seguridad de la constitución es reservado casi que exclusivamente al juez constitucional, por efecto del sistema **concentrado** de la garantía de la supremacía de la constitución, según el cual, los demás jueces pueden presentar los problemas de inconstitucionalidad de las normas o de los actos, solo por vía incidental o concreta ante la Corte o Tribunal Constitucional para la decisión final. Inclusive, en un país tan importante en la historia y evolución del moderno Estado de derecho, como Francia, los jueces no tienen ni siquiera este poder. Por otra parte, para asegurar el autogobierno de la rama judicial del poder, la mayor parte de constituciones europeas y latinoamericanas han creado el **Consejo Superior de la Magistratura**.

Si repasamos la historia y el derecho constitucional de Europa Occidental de la postguerra, se puede constatar que sus formas de Estado y de gobierno corresponden al moderno Estado de derecho por haber adoptado y puesto a funcionar todas las instituciones precedentemente mencionadas³⁰. Es necesario hacer resaltar, cómo todos los países tienen hoy una constitución escrita con las características mencionadas. Todos han creado Cortes, Consejos o Tribunales Constitucionales y han creado y aceptado la jurisdicción de Cortes o Tribunales internacionales para la defensa del derecho en general y de los derechos fundamentales en particular. En su gran mayoría han instituido Comisarios Parlamentarios u Ombudsman para la defensa de los derechos humanos. Igualmente las instituciones de democracia directa, especialmente el referendium y la iniciativa popular, al tiempo que han reforzado los partidos políticos y demás grupos intermedios. El derecho de información y la libertad de los medios de comunicación de masas; la carrera de la función pública; sus fuerzas armadas son profesionales y obedecen a los criterios fijados por las leyes; el aparato de finanzas corresponde a las finalidades democráticas del gasto público de interés colectivo y de la inversión socialmente útil; la universidad en general y las escuelas de derecho en especial, en ejercicio de la autonomía, se esfuerzan por preparar científica y cívicamente a las nuevas generaciones. No hay duda que en este sentido, el moderno

³⁰ Sólo Inglaterra se aparta parcialmente por no haber adoptado una constitución escrita, ni la función ni el órgano para su control.

Estado de derecho se ha difundido por toda Europa Occidental y no sólo de manera formal sino también material.

La parte oriental de Europa, después de la caída y fin del Estado socialista, es decir, en la última década se esfuerza por adoptar las instituciones del moderno Estado de derecho, liberal democrático, aunque el proceso es realmente difícil, por la falta de cultura política pluralista y por la ausencia de unidad nacional, que en varios casos ha llevado a sangrientas guerras civiles, divisiones del territorio y a la proclamación de nuevos estados. Igualmente, otro factor determinante de la crisis es también el atraso económico heredado de los viejos regímenes y la desocupación generalizada que está provocando un fuerte éxodo hacia Europa Occidental, especialmente hacia España, Italia, Francia y Alemania.

Los países miembros de la Unión Europea auspician el ingreso a la Unión de los Estados ex-socialistas para el año 2004, condicionándolo a la adopción y al funcionamiento de las instituciones demoliberales de la economía de mercado. El proceso se halla en curso, especialmente en la República Checa, Eslovaquia, Polonia, Hungría, Chipre y Estonia, países que ya superaron el primer examen para el ingreso a la Unión Europea. La ex Yugoslavia, Rumanía y Albania enfrentan más serios problemas en este aspecto. De todos modos, es apreciable el avance globalizador del moderno Estado de derecho también en los países de Europa del Este.

8. Globalización e instituciones constitucionales en América Latina

De la década de los años 70 hasta fines de los 80, América Latina sufrió la “subglobalización” de la dictadura militar generalmente apoyada, como se recordaba atrás, por los Estados Unidos en su política anticubana y anticomunista. Sólo pocos países lograron permanecer, por lo menos formalmente, bajo las instituciones democráticas. Colombia, por tener en la práctica un “dictadura constitucional” anticomunista y antiliberal, que establecía el monopolio del poder político de los dos partidos tradicionales, el liberal y el conservador, y un gobierno con plenos poderes, autocrático, basado en el estado de excepción constitucional, con fuerte intervención militar en los asuntos políticos. Venezuela, en condiciones similares a Colombia y México con la “dictadura democrática” del partido único, el Partido Revolucionario Institucional, que dominaba absolutamente el poder a nivel federal y local.

Costa Rica es el país que en este período y hasta hoy, ha gozado de formas más democráticas y liberales. Los demás países de Centroamérica no sólo han sufrido dictaduras sino que han debido soportar sangrientas guerras civiles, que se prolongan hasta hoy, como en el caso de Guatemala. También aquí la intervención de Estados Unidos ha sido determinante en sentido negativo.

A partir de finales de los años 80 del siglo XX comienzan a renacer la democracia y las libertades públicas en América Latina, como lo demuestran los grandes cambios constitucionales de los últimos tres lustros. En efecto, el subcontinente después del largo período de las dictaduras militares y de diversos intentos de instaurar por medio de la lucha armada o la guerrilla el sistema socialista de tipo castrista, marxista o maoísta³¹, ha entrado en una fase política en la cual las principales fuerzas han encontrado el acuerdo suficiente para la convivencia con base a nuevas instituciones políticas. En este sentido se deben interpretar los últimos y más importantes cambios constitucionales: Brasil (1988), Colombia (1991), Costa Rica (1993-95); Guatemala, Paraguay y Perú (1993); Argentina y Bolivia (1994); Nicaragua (1995); Ecuador (1996); México (1993-96).

Todas las nuevas cartas constitucionales mencionadas muestran la tendencia a modernizar las instituciones siguiendo la tendencia globalizadora del nuevo Estado de derecho, liberal democrático.

1. En efecto la mencionadas constituciones dedican una parte a los **nuevos derechos y garantías** de tercera y última generación, como son aquéllos de la democracia directa arriba mencionados, del pluralismo político, de la diversidad cultural, de la salud, del ambiente y de la ecología; los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios; los derechos de las poblaciones indígenas. En esta materia sobresalen también, especialmente, dos nuevos derechos adoptados por la mayor parte de constituciones de América Latina y que han tenido también difusión en Europa. Se trata del derecho de **Amparo**, de antigua creación en México – primera mitad del siglo XIX – y Centroamérica – finales del siglo pasado – pero de reciente introduc-

³¹ Los intentos más significativos han sido los de los Tupamaros en Argentina y Uruguay; de Sendero Luminoso en Perú; del Ché Guevara en Bolivia; de la guerrilla comunista-maoísta en Colombia, todavía hoy en acción, y en Venezuela ya superada y de las guerrillas y guerras civiles de América Central, especialmente Nicaragua, Guatemala, Honduras, el Salvador.

ción constitucional en el resto de países latinoamericanos. El Amparo funciona como garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales, al tiempo que como mecanismo de control de constitucionalidad³². Las constituciones europeas de Portugal, España, Alemania y Austria han adoptado la institución con el nombre de *tutela*, como también se llama en Colombia. En Italia estaba incluida entre las reformas institucionales propuestas por la Comisión Bicameral³³. El otro derecho el de **habeas data**, que se coloca a la par con el derecho de **habeas corpus**, para proteger los datos y referencias personales que se encuentran en los archivos electrónicos y telemáticos, para el respeto y la protección jurisdiccional, en forma expedita y directa, contra las violaciones de la *privacy* y que para sus titulares puedan hacerlos cambiar cada vez que no coinciden con la verdad. Esta nueva institución originada en América Latina también sobrepasa las fronteras y ya se comienza a discutir sobre la necesidad de adoptarla con rango constitucional en Europa.

2. América Latina ha siempre defendido el principio de la supremacía de la constitución, perfeccionando los mecanismos de control de constitucionalidad, hasta el punto de haber creado en el tiempo un tipo de control original, que en forma completa e integral hace funcionar simultáneamente el control *difuso*, de origen estadounidense – a cargo de todos los jueces –, y el *concentrado* europeo – a cargo de una Corte o Tribunal Constitucional –. El **modelo de control constitucional latinoamericano**, a diferencia del estadounidense y del europeo, se complementa e integra aún más con la participación directa del pueblo en el control, por medio de la acción pública de inconstitucionalidad.

3. Hans Kelsen propuso en los años 20 del siglo XX, para Checoslovaquia y para Austria, un órgano judicial especial capaz de garantizar la supremacía del estado constitucional: **la Corte Constitucional**. Desde entonces, la institución se ha globalizado en forma casi total, en Europa y en el resto del mundo. En América Latina el modelo se ha difundido bastante y hoy son más los Estados que la han adop-

³² Ver, EDUARDO ROZO ACUÑA, *El Amparo o Tutela dei diritti fondamentali in America Latina*, in G. GUIDI (a cargo de), *Un Collegio garante della costituzionalità delle norme in San Marino*, Maggioli, Rimini, 2000, pgs. 213 ss.

³³ E. ROZO ACUÑA, *Reforma constitucional y reforma a la justicia en Italia*, en Revista de Ciencias Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Valparaíso, Chile, 1998, N. 43, pp. 83 ss.

tado completamente o que han creado la **Sección o Sala Constitucional** en el seno de la tradicional Suprema Corte de Justicia, que aquéllos que siguen el modelo tradicional de control constitucional de los Estados Unidos de la Corte Suprema de Justicia. Entre estos últimos son de recordar la Argentina y el Brasil.

4. El *Ombudsman* o Comisario Parlamentario para la defensa de los derechos de las personas de origen escandinavo, se ha globalizado en Europa – también en la Union Europea existe con el nombre de *Mediador* – y América Latina. En el subcontinente americano ha sido rebautizado con el nombre de **Defensor del Pueblo** o de los **Habitantes**, con derecho de acción judicial en defensa de la persona, iniciativa legislativa, con voz en las cámaras y acceso directo a todos los despachos de la administración pública y del Estado para garantizar un comportamiento respetoso de los derechos fundamentales de las personas. No parece equivocado considerar las instituciones de los *veedores* y de los *oidores* del período colonial, como antecedentes o criptotipos del *Ombudsman* latinoamericano, lo que ayuda a explicar el éxito de la institución y su completa difusión en el subcontinente americano.

5. Todas las constituciones latinoamericanas garantizan actualmente la **libertad de prensa** y de los demás medios de comunicación de masas, prohíben la censura y garantizan la libertad de información y de expresión del pensamiento en todas sus formas. No se puede olvidar que este derecho-libertad ha sido uno de los más violados en los tiempos de las dictaduras. Hoy se tipifican en las constituciones, las violaciones a estas libertades, como delitos sin prescripción y con penas para los gobernantes culpables que van desde la pérdida de los derechos políticos y la interdicción de los cargos públicos hasta la cárcel.

6. Las carreras administrativa, judicial y diplomático-consular vuelven a ser tema de importancia política nacional y local y en la mayor parte de las nuevas constituciones si impone la obligación de nombrar, por concurso público de mérito y cualidades de los aspirantes, todos los funcionarios cuyo nombramiento no haya sido determinado en modo diverso.

7. Sobre las fuerzas armadas, son varios los países latinoamericanos que no han podido romper completamente con el pasado militarista y sus constituciones repiten todavía como una de las funciones primordiales de los militares **la defensa del orden constitucional** o el

desarrollo económico y social del país que en las democracias liberales occidentales no tienen y no pueden tener. Es un aspecto negativo en el desarrollo constitucional de la región. Sin embargo, son también varias las constituciones que han impuesto el principio de la fuerza armada no deliberante, sin poder para reunirse sin orden de la autoridad legítima, ni para presentar peticiones fuera de los casos relacionados con el servicio y la moralidad del respectivo cuerpo. Hay una tendencia también a prohibir a los militares en servicio activo el ejercicio del derecho político – el voto – activo y pasivo.

8. Las reformas de los aparatos de finanzas públicas sobresalen en las nuevas constituciones, que tratan de modernizarlos para lograr el desarrollo económico y social, con base en una organización funcional y una política equilibrada y justa de recolección, distribución, gasto e inversión de los recursos y de las competencias. Se nota sin embargo, la insistencia en la concepción del Estado intervencionista aunque si constitucionalmente se prevé que la intervención debe ser por orden de la ley y según planes o programas de desarrollo. Este intervento del estado está previsto con la finalidad de corregir las fallas del mercado y los eventuales resultados negativos que podría producir un liberalismo sin límites, que lleva al consumismo y a mayores injusticias en la distribución de la riqueza. Desafortunadamente, las estadísticas de los últimos años muestran que el liberalismo de la globalización en el subcontinente ha llevado a los extremos de producir mayores cantidades de población desocupada y en condiciones aún por debajo del grado de pobreza. El intervencionismo del Estado, constitucionalmente previsto, o no se ha realizado o lo ha sido en sentido opuesto a la finalidad constitucional. Lo demuestran los más de 200 millones de personas en condiciones inferiores a las de la pobreza y el promedio de desocupación del subcontinente que sobrepasa el 20% de la población activa.

9. La nuevas constituciones latinoamericanas dedican una parte importante a la Universidad, a la autonomía universitaria y al papel de todo el sistema de educación en la construcción de una sociedad mejor y de un Estado de derecho moderno. Sobresale al respecto la uniformidad constitucional latinoamericana de encargar a la educación no sólo la promoción del conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia y la tecnología, sino también la formación ética y cívica, y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos. No de otro modo se puede construir sobre buenas bases y mantener el nuevo Estado de derecho.

10. Un gran desarrollo político hacia la construcción del nuevo Estado de derecho en América Latina, por lo menos desde el punto de vista formal, han sido las reformas constitucionales en materia de autonomía e independencia del poder judicial. Para este fin, se ha generalizado la carrera judicial, paralelamente a la de la administración pública nacional y local. Se ha creado también, en la mayor parte de países de América Latina, el Consejo Superior de la Magistratura o de la Judicatura, siguiendo el modelo organizativo y funcional de Italia, Francia y España.

9. Globalización, administración y nuevo Estado de derecho en América Latina

Un aspecto muy importante de la globalización del nuevo Estado de derecho tiene que ver con el tema de las relaciones entre ciudadano y administración pública. Como se sabe, el modelo de Estado de derecho contemporáneo que se ha globalizado, es fundamentalmente un *Estado administrativo*. En otras palabras, la mayor parte de sus funciones legislativas, ejecutivas, de control y, sobre todo, aquéllas fundamentales del desarrollo social, económico y del servicios públicos, son realizadas por el aparato burocrático-administrativo. El ciudadano en este tipo de estado, está en las manos o depende en modo casi incondicional de los funcionarios administrativos, de sus circulares y ordenanzas pero, sobre todo, de su arbitrio. Esta condición ha sido tan radicalmente afirmada que el mismo nombre de **ciudadano**, en uso en Europa desde la Revolución Francesa, lentamente ha sido modificado, especialmente por los administrativistas que no han hecho otra cosa que constatar la realidad, por el de **administrado**. Cambio que no ha tenido la más marginal preocupación, no obstante la carga de significado peyorativo que el término encierra. En efecto, se administran las cosas, los bienes, el patrimonio, los servicios, pero no las personas y mucho menos los ciudadanos³⁴.

Como efecto del desarrollo del nuevo Estado de derecho, luego de la supremacía del arbitrio e de la irresponsabilidad del Estado administrador, se ha llegado en los últimos lustros del siglo XX a un vuel-

³⁴ M.S. GIANNINI, *Il Pubblico Potere, Stati e Amministrazioni Pubbliche*, Bologna, 1986.

co total de este tipo de Estado. En efecto, superando el arbitrio y la irresponsabilidad de la administración pública se impone a todo el aparato burocrático, lo mismo que a cada funcionario público, la obligación del respeto de los principios de constitucionalidad y legalidad; de los derechos y garantías fundamentales; la obligación de actuar en respeto de la transparencia y del derecho del ciudadano al justo procedimiento administrativo, al libre acceso a los documentos públicos y de su participación en la toma, ejecución y control de la decisión administrativa³⁵.

De manera más precisa, la organización formal del moderno Estado de derecho se caracteriza, por lo menos en el mundo occidental y en América Latina, por estar sometido al respeto de los principios constitucionales. En otras palabras, el fenómeno administrativo-burocrático, en el contemporáneo Estado de derecho, ha quedado sometido a la norma suprema, esto es, ha sido "constitucionalizado". Tanto los países europeos como los latinoamericanos luchan por la realización y cumplimiento de estos principios en todas las actuaciones administrativas, unos con mayor éxito que otros, según el grado de desarrollo democrático, social y económico que han alcanzado.

En esta línea de principios, en el constitucionalismo latinoamericano de los últimos años se viene delineando un nuevo tipo de **relación ciudadano y administración**, donde la constitucionalización del principio de la protección de los individuos contra la administración parece predominar y según el cual, la justicia administrativa, consagrada a nivel constitucional, no es sólo un instrumento para asegurar una buena administración sino, sobre todo, un mecanismo de garantía, de defensa y de protección del ciudadano frente a una administración con siempre más poderes y omnipresente, pero al mismo tiempo más responsable de sus actos u omisiones³⁶.

³⁵ J. BARNES, *La justicia administrativa en el derecho comparado*, Madrid, 1993.

³⁶ Como ejemplo de esta nueva responsabilidad de la administración en Latinoamérica se puede citar el artículo 90 de la Constitución Colombiana de 1991 que consagra la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Hay que completar confirmando que el resto de las vigentes constituciones del subcontinente americano consagran esta responsabilidad general del Estado, junto con la de los funcionarios públicos. Para esta última, ver como ejemplo la constitución colombiana: en caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento

La institución constitucional que concreta y resume esta tendencia es precisamente el **derecho de tutela judicial efectiva**, que significa que todas las personas tienen derecho a que los jueces y los tribunales las defiendan con eficiencia y eficacia en el ejercicio de sus derechos y de sus intereses legítimos sin que en ningún caso se pueda presentar falta de defensa³⁷. Este derecho representa la coronación constitucional del moderno estado de derecho³⁸ que de la cultura jurídica democrática de Europa pasa a latinoamérica.

El progreso jurídico mencionado no hubiera sido posible sin la afirmación del **principio de la supremacía de la constitución**, que en Europa ha representado un proceso lento pero continuo, especialmente desde la segunda Guerra Mundial. En América Latina ha sido una preocupación permanente desde la época de la independencia, pero efectivamente han dado grandes pasos hacia adelante con el resurgir del constitucionalismo de los años 90 y con la creación en buena parte del subcontinente americano, de las Cortes Constitucionales o de la Secciones o Salas Constitucionales de la Corte Suprema de Justicia, especializadas en el control de constitucionalidad de las normas y en la justicia constitucional administrativa³⁹.

La consagración del principio de la supremacía de la constitución ha tenido como efecto para el moderno Estado administrativo de derecho, en su globalización y, en forma particular, en Latinoamérica, la afirmación de las siguientes consecuencias:

1. La aplicabilidad directa y preferencial de las normas constitucionales, que en este sentido son plenamente eficaces sin necesidad de promulgar otras normas.
2. El sometimiento de todos los actos del estado a la Constitución y la consiguiente nulidad de aquéllos que le sean contrarios.

de alguna persona, el mandato del superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta, con la excepción de los militares en servicio (art. 91). Aun más: cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las sanciones penales o disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades públicas (art. 92).

³⁷ Esta última dicción corresponde al artículo 24.1 de la Constitución española que ha servido de modelo al constitucionalista latinoamericano.

³⁸ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, 1992.

³⁹ Come ejemplo, se puede recordar la creación de la Corte Constitucional colombiana en 1991, en Perú en 1993 o la más reciente creación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela de 1999.

3. La obligación de que todo el ordenamiento jurídico sea interpretado en conformidad con la constitución.

4. La supremacía constitucional de los derechos fundamentales que libra al ciudadano del sometimiento al arbitrio de la administración y de la burocracia, haciéndoles perder su poder sancionador, que queda, como debía ser, de competencia exclusiva del legislador. *Las regulae agendi*, con las cuales la administración pública prescribe conductas para limitar los derechos y las libertades de las personas, deben siempre tener una base o habilitación legal explícita en respeto del principio de *reserva de ley*.

5. Además, hay que recordar que la mayor parte de las constituciones latinoamericanas⁴⁰, dan a los tratados internacionales en general, y especialmente a aquellos en materia de derechos humanos, el rango de normas constitucionales *self executive*, de este modo hacen parte del derecho interno de inmediata y obligatoria ejecución⁴¹.

6. De este modo, las normas constitucionales condicionan y limitan la actividad de todo órgano del estado, incluso al legislador.

7. La necesidad de completar, desarrollar y reforzar los sistemas de justicia administrativa y de control de constitucionalidad, para lo cual se abre y globaliza completamente el camino a las **cortes constitucionales** y a las instituciones constitucionales del **amparo de los derechos fundamentales**, del **defensor del pueblo** y de la **acción pública de inconstitucionalidad**⁴².

8. Para la Administración Pública, en sus relaciones con el ciudadano, la supremacía constitucional significa, más directamente, que ésta deja de tener y que se, caen todos sus privilegios afirmados en el tiempo, especialmente aquellos derivados del procedimiento contencioso administrativo: como la falta de universalidad del control, la insuficiente tutela cautelar, las vías administrativas obligatorias, la legitimación o el acceso judicial restringido, los principios probatorios desfavorables, la limitación en la profundidad del control, los excesivos privilegios procesales, la flexibilidad y frecuente falta de fuerza ejecutiva de las sentencias y de otras normas o condiciones pensadas para favo-

⁴⁰ Sólo para mencionar algunas de las últimas, la colombiana del 1991, la peruana del 1993, la argentina del 1994, la venezolana del 1999.

⁴¹ Un ejemplo que vale para todas, el art. 75, numeral 22, de la Constitución Argentina del 1994.

⁴² Para el desarrollo de este tema en América Latina, ver *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Medellín, año 1996.

recer a la administración en violación flagrante del mencionado derecho de tutela judicial efectiva del ciudadano⁴³.

9. Por otra parte, se afirma lentamente el principio que obliga a la administración pública a tener siempre como punto de referencia para su conducta la constitución y, consecuentemente, a desaplicar sus propias normas cuando sean intrepreatadas o consideradas, por los funcionarios encargados de aplicarlas, manifiestamente contrarias a la constitución⁴⁴. En este modo, se ejerce un control administrativo de constitucionalidad posterior de las leyes y de los actos administrativos, sobre la consideración de que las normas no se presumen constitucionales y pueden ser desaplicadas por la misma administración. La administración, consecuentemente, no puede emanar actos administrativos en aplicación o desarrollo de normas viciadas de inconstitucionalidad porque no sólo surgiría una causa de nulidad del acto sino también una violación de la obligación de la administración de respetar y hacer prevalecer los principios de la buena administración y las normas constitucionales y legales⁴⁵.

No hay duda que de estos principios y consecuencias, que ya hacen parte del moderno estado administrativo de derecho globalizado, se deriva una nueva concepción de la relación ciudadano-administración, toda a favor del primero, como debe ser en una sociedad democrática. Este orientamento del derecho, de la doctrina y de la jurisprudencia más recientes en América Latina puede servir a nutrir el optimismo sobre el desarrollo general de estos pueblos⁴⁶.

⁴³ J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos del Derecho Administrativo*, Madrid, 1988 y E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, 1992.

⁴⁴ Muy significativo de esta tendencia era el artículo 46 de la Constitución venezolana de 1961 y que la nueva de 1999 recoge en el nuevo artículo 25 que resa: *Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta constitución y la ley son nulos, y los funcionarios públicos que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirva de excusa órdenes superiores.*

⁴⁵ Esta obligación se encuentra en el constitucionalismo latinoamericano, basta citar como ejemplo la más reciente norma constitucional, el art. 141 de la carta venezolana de 1999 que dice: *La administración pública está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.*

⁴⁶ Ver, E. ROZO ACUÑA, *Alcuni aspetti del rapporto Cittadino-Amministrazione nello Stato costituzionale dell'America Latina*, E. ROZO ACUÑA (a cargo de), *Cittadino e Amministrazione nel Diritto Comparato*, ESI, Nápoles, 2000, pp. 317-342.

10. Nota conclusiva sobre la globalización jurídico-política

La globalización jurídico-política es el proceso que lleva a la construcción del Estado, de la Economía y de la Sociedad mundiales. Con la desaparición del socialismo marxista de la Unión Soviética y de Europa Oriental este proceso se ha acelerado al máximo. En el campo político las instituciones de la democracia liberal se han reforzado a nivel mundial y el modelo del estado de derecho contemporáneo no sólo es adoptado por los países en vía de desarrollo por ser el único existente con posibilidad de éxito, sino que es “recomendado” por los centros de poder político y económico mundiales y regionales.

En la experiencia de los países ex-socialistas de Europa Oriental es condición *sine qua non* en sus relaciones con la Unión Europea, especialmente en el proceso que viven para poder entrar como miembros de esa Unión. Pero la Organización Mundial del Comercio, el Fondo Monetario Internacional, la Banca Mundial y las organizaciones políticas, económicas y sociales de carácter regional, que de una manera u otra dependen de las mundiales, condicionan su intervención a favor de los países en vía de desarrollo a la aceptación y realización de todos los cambios que lleven a la liberalización de sus economías, a la adopción del sistema de vida y sociedad “occidental” y a la construcción del modelo liberal democrático del estado. El nuevo mundo, la nueva sociedad, a nivel mundial, que se derivan de estas concepciones, hablan o deben hablar preferentemente el lenguaje de la democracia liberal y de la economía de mercado.

Sin poder profundizar en los aspectos económicos de la mundialización, se puede constatar plenamente que es esa dimensión de la globalización la que más ha avanzado y sigue en desarrollo constante. Basta recordar que hoy los países del norte y del sud del mundo forman un todo en materia financiera, de producción industrial y agraria y de intercambio comercial. En el mundo de hoy, la gente de cualquier parte del planeta se despierta con una radio de marca japonesa, producida en Malasia; sigue las noticias de la CNN o de la BBC, se asea con artículos y en baños producidos en cualquier parte del planeta o con patentes de diferentes partes del mundo; se viste con paños australianos confeccionados en diversas partes de Asia o América Latina; su desayuno tiene probablemente café colombiano o chocolate de Costa de Marfil, naranjada brasileña, mermelada y mantequilla francesas o danesas; se va al trabajo en un auto “europeo” o en un bus, ensamblado en México o Venezuela, con piezas en su mayor par-

te producidas en diferentes países, con combustible comprado en un mercado dominado a nivel internacional. La sede de trabajo seguramente es una multinacional y los instrumentos o utensilios provienen de los Estados Unidos, de Italia, Corea, Taiwan, Alemania, Brasil, Austria o de cualesquiera otros países. En el intervalo del trabajo se almuerza en un restaurante italiano, chino, francés, argentino, tailandés, japonés, árabe o, lo más seguro para los empleados, se va al McDonalds; al terminar la jornada de trabajo se va al teatro, al cine o se queda en casa frente al televisor asiático para ver espectáculos que pueden ser, y son efectivamente, de cualquier parte del mundo. Este ejemplo llevaba a un director de la Organización Mundial del Comercio⁴⁷ a la conclusión de que el mercado global es una realidad que comienza en nuestras casas, no es virtual ni ajeno. La unión de los trabajadores del mundo que predicaba el Manifiesto Comunista a mediados del siglo XIX se ha logrado hoy con la revolución de la globalización del mercado y la homologación de los consumos.

Este ejemplo de globalización económica no muestra los problemas ni los aspectos negativos que de ella resultan para los países en vías de desarrollo, especialmente en su evolución económica cada vez más dependiente del mercado mundial, con sus agriculturas sometidas a la ley oligopólica de la demanda y, consecuentemente, a los términos de intercambio siempre desfavorables; con complejos problemas ambientales, de concentración de riqueza cada vez más en pocas manos, y con crecientes índices de desempleo e inestabilidad en los puestos de trabajo. Tampoco muestra todas las ventajas y utilidades que el proceso podría conllevar si fuera dirigido mundialmente con criterio democrático y pluralista.

Pasando al tema que más nos atañe, la globalización política y a sus elementos que se desprenden de la mundialización del modelo democrático y de derecho, se pueden intentar las siguientes conclusiones:

1. Como demostrado, se ha avanzado mucho en la mundialización teórica y práctica del modelo jurídico-político del moderno Estado de derecho, liberal democrático. De la construcción del Estado Nacional que ha sido alcanzada en la mayor parte del mundo, con las excepciones de los países de relativa reciente independencia, como los de

⁴⁷ El ex-embajador italiano R. Ruggiero, citado por G. SALVINI, *Globalizzazione economica e paesi del sud del mondo*, Rivista Emmaus, www.emmaus.it.

África negra, se ha pasado a la del nuevo Estado nacional de derecho. Una parte considerable del mundo lo ha conseguido –Europa, buena parte de las Américas, Australia, parte de Asia y de África – y la otra trata de lograrlo.

2. La integración regional y subregional se ha podido adelantar gracias a los avances obtenidos en la mencionada construcción de los modernos Estados nacionales. De este modo se está pasando muy velozmente de la idea nacional a la idea supernacional, mediante los procesos de creación de uniones de Estados y de la federalización de las soberanías nacionales. La Unión Europea Occidental es la experiencia más avanzada y como se sabe sigue su curso con la perspectiva de la extensión a la Europa Oriental. Todo esto gracias al modelo político-económico único que impera luego de la caída del Muro de Berlín de 1989. Los países de América avanzan también en sus procesos de integración, e instituciones como mercados comunes, parlamentos, cortes regionales y continentales, ya existen en el contexto de los Estados nacionales del subcontinente⁴⁸. Del mismo modo se puede afirmar de los países asiáticos y africanos⁴⁹.

3. De la construcción de la idea nacional – el Estado Nacional –, a la construcción de la idea supernacional – la federación de Estados Nacionales – los países más avanzados – ver Unión Europea – han gastado cerca de cinco siglos. De la soberanía de los Estados Nacionales se ha pasado, en este caso, a la soberanía federal, con concesiones hacia lo alto para crear los órganos y las funciones supernacionales.

4. De la construcción de la idea supernacional – Federación de Estados Nacionales – a la construcción de la idea mundial – el Estado Global – el planeta está viviendo su primera etapa. El proceso se encuentra como en los albores de la construcción del Estado Nacional. En el mundo existen hoy doscientos Estados y dos mil naciones, lo que podría obstaculizarlo, pero el ritmo del cambio no tiene antecedentes. Es suficiente recordar que terminada la segunda guerra mundial comienza en sentido estricto la construcción del Estado Mundial

⁴⁸ Vedi, para los processo de integración latinoamericana, ver. A. DI STASI, *Código de la integración Latinoamericana y El Sela, Sistema Económico Latinoamericano*, Elea Press, Salerno, 1992.

⁴⁹ Para todos los demás processo de integración, ver M. PANEBIANCO e P. PENNETTA, *Introduzione al diritto delle organizzazioni internazionali*, Salerno, 1993.

o Global con la creación de la Organización de las Naciones Unidas. Hoy todos los Estados y la mayor parte de las naciones hacen parte integral de ella. Sus órganos, sus funciones, su derecho dejan de ser virtuales para convertirse cada vez más en reales. Bastaría repasar la historia del gobierno mundial de las Naciones Unidas de los últimos 10 años para comprobarlo.

5. La construcción del Estado Mundial o Global, aún reconociendo que se encuentra en su primera fase, se está logrando en forma acelerada gracias a los siguientes factores:

a) *una red de transportes y comunicaciones* que las proyecciones científicas y tecnológicas más optimistas no habrían podido calcular cuando el proceso comenzó, es decir al terminar el segundo conflicto mundial. En efecto, la Unión Postal Internacional, las carreteras y ferrocarriles continentales, la aviación civil y comercial, las telecomunicaciones, han tenido un desarrollo sin precedentes. Pero lo más impresionante del desarrollo de las comunicaciones es la telemática, la creación del ciberespacio y los cibernautas, que ha producido el fenómeno de reducir el mundo a la dimensión de un computador. Este fenómeno revolucionario ha creado un nuevo mundo –como en 1492– de comunicaciones y de éste salen una nueva economía, una nueva sociedad.

b) *una economía de mercado*, precisamente basada fundamentalmente en la comunicación del capital, de la tecnología, de las decisiones empresariales y de los servicios. A la movilidad de las mercancías – comercio – que se desarrolla desde los tiempos del primer descubrimiento mundial, se agrega de manera revolucionaria la de todos los demás factores de producción y de servicios. El trabajo, el conocimiento, el capital, la empresa que presupone formas culturales y de vida que se han globalizados.

c) *Una cultura cada vez más compartida por las diferentes naciones*. El desarrollo de los transportes, incluido sobre todo el electrónico, ha facilitado no sólo la movilidad mundial de los factores de la producción sino también la cultura. Los valores, las ideas, las creencias, concepciones, las tradiciones, las formas de ser la conciencia de los pueblos más desarrollados o evolucionados y que dominan precisamente las comunicaciones, al reducirse el mundo circulan en tiempo real, volviéndose universales. Hace no muchos años se hablaba del *American way of life* como de un modelo cultural lejano, que lentamente se imponía. Hoy ya nadie se refiere a él porque corresponde a un normal estilo de vida global: el idioma inglés americano no es sólo el dia-

lecto mundial del Ratón Mickey, de Michael Jackson y Madonna, es también el de los McDonalds de París, Roma, Moscú, Pekín, Belgrado, Bogotá. Es la lengua global del cine, la televisión, de internet o del ciberespacio. Pero lo es también de la ciencia y de la tecnología. La CNN informa globalmente 24 horas sobre 24 horas, lo mismo hace ABC difundiendo no solo noticias sino, sobre todo, modos de pensar, modelos de interpretación y de acción. La cultura mundial es un hecho sobre el cual se funda la construcción del Estado Global.

d) *La creación de mitos globales o la globalización de los mitos* es otro factor para del desarrollo del Estado Mundial. Sabemos que las Naciones se han fundado sobre la creación de mitos compartidos o impuestos en el tiempo. La nación hebrea nos presenta en forma actual ese proceso; los alemanes y sus mitos excelentemente musicalizados por Wagner; las poblaciones precolombinas y su rica mitología, los pueblos asiáticos y africanos si tienen un denominador que les sirve de elemento de unión esencial son sus mitos. Pues bien, a nivel mundial en los últimos tiempos el proceso de creación de mitos es asombroso, en todos los campos. Por ejemplo, los derechos humanos, la ecología, el trabajo, la amistad, la paz, la felicidad, el amor, la salud, todos tienen ya su día mundial consagrado y “respetado” globalmente: el mito supranacional ha sido creado. Lo mismo se puede decir sobre varias instituciones elevadas a mitos, como la constitución, la economía libre, el justo proceso, la igualdad ante la ley. El Estado mundial ya tiene sus mitos sobre los cuales se puede desarrollar la supernación.

e) El Estado mundial supranacional requiere también, como el Estado nacional lo requirió, de *una centralización del poder* que se derive de una organización política. En este campo hay mucho por construir aunque si la estructura y la base ya están sentadas precisamente con la Organización de las Naciones Unidas y el Consejo de Seguridad, más precisamente.

f) *En cuanto a la organización militar*, indispensable para cualquier Estado, también en esta materia se han dado pasos grandes con la creación de la fuerza militar de la Onu, los conocidos “cascos azules”, que han ganado tanta experiencia en los últimos años con las innumerables intervenciones en diferentes partes del mundo. A la base de la fuerza militar de la Onu están también las fuerzas de la Otan –Tratado del Atlántico Norte– para la defensa de Europa cuando existía la Unión Soviética y los peligros del comunismo. Extinguido este último, la fuerza armada de la Otan se transforma en instrumento de inter-

vención mundial a favor de los principios del estado liberal democrático y de las libertades fundamentales de los pueblos, junto con las fuerzas armadas de las Naciones Unidas.

En estos aspectos, el mundo se asemeja cada vez más a una sociedad y a un Estado Confederal multinacional, con un excelente sistema de comunicaciones y transportes; con un mercado mundial, organizado y funcionando en modo completo, sobre la base de la más completa movilidad de los factores de producción, aunque si tal movilidad para el factor trabajo es todavía muy limitada; con la existencia de la comunión en muchos valores, principios, mitos que sirven hoy a la construcción lo que se podría llamar la supernacionalidad, fundamental para el estado global. Las estructuras del poder y del gobierno del Estado mundial, supernacional, se encuentran aún muy atrasadas, pero no son inexistentes, como parecía hace sólo cincuenta años. El gobierno del mundo se perfila en todas sus dimensiones y con toda claridad si se tiene en cuenta el desarrollo de los últimos lustros de las Naciones Unidas, que precisamente tienen medio siglo de existencia, y de los desarrollos regionales que parecen ir más allá, inclusive en la creación de la ciudadanía supernacional común, como en el caso de la Unión Europea. Faltando, como falta, mucho camino para la construcción del Estado Global, la idea del ciudadano del mundo permanece todavía en el reino de la imaginación romántica, de los mitos. Pero el proceso de construcción no se para y nos acercamos cada vez más a su realización. Los gobiernos del mundo, los políticos que los guían, no sólo los del norte sino también los del sur del mundo son favorables.

En este proceso es muy importante tener conciencia de las prioridades que se deben establecer. Se piense a una de las más importantes. En la construcción del Estado Nacional se llegó a pensar en la necesidad e importancia de los controles sobre el poder y de su ejercicio sólo en una época muy avanzada, prácticamente al final del proceso. En la construcción del Estado global la previsión de los órganos y funciones democráticas de control, sobre la toma, ejecución y seguimiento de las decisiones políticas y económicas, debe ser prioritaria, y su realización iniciada desde ya. La organización, la validez y la eficacia de los controles sobre la globalización, no solo aquella de tipo jurídico-político sino también la económica y socio-cultural, determinarán seguramente sus beneficios. Su ausencia será causa de mayores y peores males de los que ya padecen los pueblos de los Estados Nacionales, especialmente aquéllos del sur del globo.

