

Giancarlo Guarino

PER UNA RICOSTRUZIONE, IN TERMINI DI SISTEMA, DEI DIRITTI DELL'UOMO*

Sommario: 1. *Introduzione: un'ipotesi di lavoro per un sistema dei diritti dell'uomo.* - 2. *L'inesigibilità di taluni diritti dell'uomo in circostanze specifiche.* - 3. *Un caso paradigmatico: l'uso della lingua nella scuola in Belgio e le sue conseguenze in termini di valore delle norme in materia di diritti dell'uomo.* - 4. *La logica della struttura dei diritti dell'uomo come risultante dalle ipotesi fin qui fatte e il problema della responsabilità.* - 4.1 *Il sistema dei diritti dell'uomo, nella ricostruzione ipotizzata.* - 5. *Il contenuto degli obblighi.* - 6. *La valenza "specifica" dei diritti dell'uomo e il superamento dell'idea dei diritti dell'uomo regionali.* - 7. *Diritti dell'uomo e autodeterminazione.* - 8. *La struttura del sistema dei diritti dell'uomo.* - 9. *La compatibilità "necessaria" tra le norme convenzionali in materia.* - 10. *Per la ricostruzione di una gerarchia funzionale delle norme in materia di diritti dell'uomo.* - 10.1. *Il contenuto delle norme in materia di diritti dell'uomo e i rapporti tra di esse.* - 10.2. *Una classificazione delle norme in materia di diritti dell'uomo, sotto il profilo della loro trasformazione in norme di diritto interno.* - 10.3. *In conclusione: i termini della gerarchia funzionale ipotizzata.* - 11. *Le disposizioni regolatrici del sistema.* - 11.1. *L'art. 5 comune dei Patti delle NU sui diritti dell'uomo (1966).* - 11.2. *L'art. 30 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (1969).* - 12. *La valenza pratica della visione sistemica delle norme in materia di diritti dell'uomo: un'ipotesi applicativa.*

1. Introduzione: un'ipotesi di lavoro per un sistema dei diritti dell'uomo.

Quando si fa riferimento a singoli "diritti umani"¹, non si può prescindere dalla constatazione, apparentemente solo di fatto, per la quale non è possibile parlare di uno di essi,

* Le pagine che seguono traggono spunto dalla relazione di sintesi tenuta al termine del convegno di Parigi del 17.1.2005 della *Union Internationale du Notariat*, pubblicata nel volume *Le droit et les Droits*, Conseil Supérieur du Notariat, Paris, 2005, p. 90 ss. Una versione precedente, sensibilmente più breve, di questo scritto è pubblicata nella *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2008, pag 7 ss.. Manoscritto chiuso il 5.3.2008 (Giancarlo.guarino@unina.it).

¹ Ma, personalmente, continuo a preferire la tradizionale dizione «diritti dell'uomo», meno di moda, ma assai più efficace e significativa, perché mette al centro dell'attenzione del sistema l'uomo in quanto tale, piuttosto che l'uomo in quanto parte di una collettività, o addirittura, la collettività *tout court*. È chiaro, infatti, come in questa seconda accezione, ben si può immaginare una situazione nella quale i diritti individuali delle persone (o i diritti individuali di alcune persone) possano trovarsi "sacrificati" a vantaggio dei diritti o delle esigenze (ovviamente più che legittimi) dei gruppi umani ai quali appartengono o di altri gruppi, siano essi definiti o definibili come "gruppi etnici", "etnie", "gruppi autoctoni", ecc., come sempre più appare d'uso oggi nel linguaggio giuridico internazionale e non solo, in accezioni, a loro volta, non sempre molto perspicue, considerata l'ambiguità della terminologia e dei riferimenti molto spesso motivati politicamente quando addirittura non ideologicamente (sul punto cfr. ampiamente il mio *Autodeterminazione dei popoli e diritto internazionale*, Napoli (Jovene) 1984, *passim*). Indipendentemente da ciò, peraltro, può accadere, come vedremo tra poco, che il diritto di un singolo non trovi soddisfazione (magari anche in ragione di un interesse collettivo, *infra* § 12. **La valenza pratica della visione sistemica delle norme in materia di diritti dell'uomo: un'ipotesi applicativa.**), ma non perché politicamente inopportuno, bensì

senza tenere conto in maniera complessiva anche degli altri ². Ciò, come vedremo, lungi dall'essere un semplice fatto, in realtà, propone degli sviluppi molto interessanti, ai quali dedico attenzione nelle pagine che seguono.

Ciò che cercherò di fare dunque, è appunto, di mostrare come i diritti dell'uomo, per lo più definiti, sul piano internazionale in molteplici e diverse convenzioni non sempre esplicitamente, o solo, dirette a regolarli, ma anche in norme di diritto internazionale generale ³, costituiscano sempre più chiaramente un vero e proprio "sistema" organico, benché non intenzionalmente organizzato. In esso, come vedremo, confluiscono *tutte* le singole disposizioni contenute in accordi universali e "regionali", le norme di diritto internazionale di altra natura (generalì e derivate, come talune importanti risoluzioni delle NU), così come le norme di diritto interno in materia ⁴. Tutte queste norme devono essere interpretate e analizzate in termini giuridici per scoprirne i collegamenti reciproci e ricostruirne quindi il coordinamento e la compatibilità (anche quando apparentemente in contraddizione, poiché una contraddizione tra norme va comunque superata) ⁵ per ricondurle ad un tutto, appunto organico, dove l'un diritto non vive da solo in un assoluto asettico, ma esiste (e dunque può essere esatto) in quanto collegato agli altri: *giuridicamente*, non solo politicamente, che è il punto che mi preme di sottolineare. Ciascun diritto (o meglio: la pretesa del riconoscimento di ciascun diritto),

perché *giuridicamente inesigibile* in quel determinato momento e in quel determinato luogo, come cerco di spiegare *infra* paragrafo successivo.

² L'affermazione dei diritti dell'uomo come diritto degli uomini come singoli, non è certo nuova nella prassi internazionale. Basti citare la A/RES/41/28, *Declaration on the Right to Development*: « Article 1: 1. The right to development is an inalienable human right by virtue of which *every human person* and all peoples are entitled to participate in, contribute to, and enjoy economic, social, cultural and political development, in which all human rights and fundamental freedoms can be fully realized. 2. The human right to development also implies the full realization of the right of peoples to self-determination, which includes, subject to the relevant provisions of both International Covenants on Human Rights, the exercise of their inalienable right to full sovereignty over all their natural wealth and resources. Article 2: 1. *The human person is the central subject* of development and should be the active participant and beneficiary of the right to development». Questa affermazione è richiamata, non a caso, al punto 10 della *Dichiarazione di Vienna* del 1993 (UN Doc. A/CONF/157/23).

³ *Infra* § 10.1. **Il contenuto delle norme in materia di diritti dell'uomo e i rapporti tra di esse..**

⁴ *Infra* §§

9. La compatibilità "necessaria" tra le norme convenzionali in materia. ss., e, inoltre, non va trascurata la funzione svolta dall'art. 6.3 del trattato CE nella versione di Lisbona, che, sia pure con una terminologia leggermente diversa dall'art. I-9.3 del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, afferma l'esistenza di una sorta di diritto pubblico europeo, derivato dalle norme del sistema comunitario, da quelle della Carta sociale e della Convenzione europea sui diritti dell'uomo, e dalle norme derivanti dalle *tradizioni costituzionali* degli stati membri. V. ne il testo *infra* nt. 150.

⁵ In applicazione di una ovvia e ben nota regola di ermeneutica, peraltro codificata, tra gli altri all'art. 24 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici sociale e culturali (1966), e all'art. 46 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici (1966), o anche, in termini più generali nella ben nota disposizione del n. 2 della *General Part* della A/RES/2625 (XXV): «*Declares that: In their interpretation and application the above principles are interrelated and each principle should be construed in the context of the other principles./Nothing in this Declaration shall be construed as prejudicing in any manner the provisions of the Charter or the right. and duties of Member States under the Charter or the right. of peoples under the Charter, taking into account the elaboration of these rights in this Declaration*».

dunque, non può prescindere da uno o più altri, anche se ciò non vale per *tutti* i diritti rispetto a tutti gli altri⁶.

Con la ulteriore conseguenza per cui le singole specifiche disposizioni di singole specifiche convenzioni (per non parlare delle norme generali e derivate di diritto internazionale, e di quelle statali in materia) vanno lette in un quadro unitario, che, non sopporta né può sopportare contraddizioni o “eccezioni”⁷. Talché può accadere che una norma, che formalmente vincoli un soggetto a garantire certi diritti agli individui, in concreto non trovi applicazione (e dunque non consenta di esercitare quei diritti) in quanto o un'altra, migliore o contenuta in un accordo a più vasta partecipazione soggettiva⁸, gli si sovrapponga oppure un'altra, preliminare, ne preceda necessariamente l'applicazione in quanto ad essa strumentale⁹. Ciò, ed è questo una delle tesi che mi propongo di illustrare nel presente lavoro, non accade per una circostanza di fatto, casuale¹⁰, ma perché non è lecito che si applichi, con la ulteriore conseguenza per cui la mancata applicazione di quella norma, formalmente valida ed efficace, *non determina responsabilità* né interna né internazionale a carico di chi non vi abbia dato seguito; responsabilità che, altrimenti e in linea di principio, sarebbe perfettamente consequenziale.

Quanto appena affermato costituisce, beninteso, la conclusione sintetica dell'analisi che segue e dalla quale, appunto, derivano le constatazioni di cui sopra, destinate come sono ad una prima riflessione sul problema.

A tal fine, parto da un esempio che possa servire, e infatti servirà, come guida per l'intero discorso, che intendo sviluppare. L'esempio in questione è quello del diritto all'istruzione (e quindi alla scuola, intesa in ogni senso, da quello addirittura fisico dell'edificio in cui svolgere

⁶ Come si mostrerà *infra* §§

2. L'inesigibilità di taluni diritti dell'uomo in circostanze specifiche e 4. La logica della struttura dei diritti dell'uomo come risultante dalle ipotesi fin qui fatte e il problema della responsabilità.

⁷ Nel senso che, se di sistema o struttura si tratta, come credo (v. *infra* nt. 18), non può darsi il caso di una norma valida e in contraddizione con altra egualmente valida: una delle due non è (più) valida. Come vedremo, infatti, uno dei risultati di queste riflessioni è anche quello che porta ad escludere la possibilità di parlare di diritti dell'uomo regionali, non diversamente da come, a mio parere, è errato parlare di diritto internazionale regionale, consuetudini o esigenze locali a parte, cfr. *infra* § 6. **La valenza “specificata” dei diritti dell'uomo e il superamento dell'idea dei diritti dell'uomo regionali.**

⁸ *Infra* § 11.2. **L'art. 30 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (1969).**

⁹ Il che ovviamente, come mi accingo a cercare di mostrare, è in contrasto con la tesi (invero dominante) dell'opponibilità sempre e ovunque dei singoli diritti dell'uomo. V. ad es. (in termini piuttosto sommari e approssimativi) BREMS E., *Human Rights: universality and diversity*, The Hague (Nijhoff) 2001, p. 12 s.

¹⁰ Ma neanche quando allo stato sia lecito di graduare la realizzazione in concreto dei vari diritti dell'uomo nel proprio ordinamento, il che discende da altre motivazioni giuridiche su cui v. *infra* § 10.2. **Una classificazione delle norme in materia di diritti dell'uomo, sotto il profilo della loro trasformazione in norme di diritto interno.**

la relativa attività a quello culturale, politico e organizzativo) ¹¹ regolamentato e imposto in tutte le convenzioni in materia di diritti dell'uomo, e già, come noto, nella stessa *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del 1948 ¹², e in particolare regolamentato nella *Convenzione sui diritti del bambino* ¹³ - la convenzione più sottoscritta al mondo (e anche la meno applicata!) - per non parlare di quella *europea sui diritti dell'uomo*, delle altre convenzioni regionali, ma, prima di tutto, nei *Patti delle Nazioni Unite sui diritti dell'uomo* (1966). Il “diritto” ivi previsto in termini generici, si risolve, come di consueto in questo tipo di accordi e diversamente da quanto accade per la Dichiarazione universale sui diritti dell'uomo ¹⁴, in una serie di obblighi di *facere* ¹⁵ imposti agli stati parti delle varie convenzioni, in corrispondenza dei quali, talvolta, agli individui è anche consentito di ricorrere ad istanze internazionali per vedere lo stato inadempiente condannato, quanto meno, al risarcimento (o ad una penale, ma anche solo ad una condanna politica), a vantaggio del ricorrente, del danno derivante dalla mancata soddisfazione di quella legittima aspettativa.

Questo diritto o aspettativa, che, a mio parere viene assai meglio definito come una *garanzia* offerta dalla Comunità internazionale agli individui e in virtù appunto di quella garanzia, *obbligatoriamente* offerto (o da offrire) da parte degli stati agli individui (tutti), per la realizzazione di questi diritti, va collocata, come vedremo tra poco, in un vero e proprio

¹¹ V. in generale sul problema dell'istruzione e del trattamento dei bambini, il mio *La convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia*, *Quaderni UNICEF* 2, 2005.

¹² A/RES/217/A (III), 1948, art. 26. è appena il caso di segnalare come, diversamente dalle convenzioni dove si definiscono obblighi per gli stati parte di predisporre gli strumenti necessari alla concretizzazione dei vari diritti ivi elencati, la *Dichiarazione* indichi direttamente i diritti da riconoscere agli individui (*infra* §§ 10. **Per la ricostruzione di una gerarchia funzionale delle norme in materia di diritti dell'uomo.** e ss.), *Preambolo* co. 10: «Proclaims this Universal Declaration of Human Rights as a common standard of achievement for all peoples and all nations, to the end that every individual and every organ of society, keeping this Declaration constantly in mind, shall strive...». Non è un caso che la Dichiarazione sia definita *universale* a sottolineare la volontà (o almeno l'aspirazione) a definire dei diritti validi per tutti a prescindere dal luogo in cui ciascuno vive. Sulla distinzione, in qualche modo addirittura preliminare, tra i diritti dell'uomo in quanto essere sociale o meno v. per tutti e ampiamente ZANGHÌ C., *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino (Giappichelli) 2006, p. 17 ss. e *ivi* ampia bibliografia.

¹³ Preceduta, come noto, da una famosa Dichiarazione A/RES/1386(XIV) del 20.11.1959, il cui *Principio* Settimo, fonda l'obbligo (e il diritto corrispondente) all'istruzione. La *Convenzione sui diritti del fanciullo*, A/RES/44/25, 20.11.1989, è entrata in vigore il 2.09.1990, v. gli artt. 19, 22, ecc.

¹⁴ Da come è formulata, pertanto, la Dichiarazione ambisce a fondare *direttamente determinati diritti in capo agli individui*, la pretesa al rispetto dei quali diritti è demandata, *da un lato*, alle norme e ai procedimenti di diritto interno di ciascuno stato e, *dall'altro*, alle norme di diritto internazionale, che possono giungere fino a fondare la legittima pretesa della Comunità internazionale di vederne la concretizzazione in tutti e ciascuno stato. V. più ampiamente *infra* § 10. **Per la ricostruzione di una gerarchia funzionale delle norme in materia di diritti dell'uomo.**, per una dimostrazione di questo assunto.

¹⁵ V. in generale sul punto, PINESCHI L., *Il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici*, in PINESCHI L. (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani: Norme, garanzie prassi*, p. 84 ss. e ID., *Il Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici sociale e culturali*, *ibidem*, p. 130 ss. e v. anche più ampiamente *infra* § 10.2. **Una classificazione delle norme in materia di diritti dell'uomo, sotto il profilo della loro trasformazione in norme di diritto interno.**

sistema organico di diritti e obblighi ¹⁶. Dove per sistema intendo un insieme coordinato (o meglio, coordinabile, quanto meno per via interpretativa) di norme positive ¹⁷ che si integrano e in certo senso si sostengono a vicenda in un tutto organico, che, oltre ad essere un sistema, di fatto, appare ordinato in maniera in qualche modo gerarchica: una struttura, dunque, nel senso tecnico del termine ¹⁸.

2. L'inesigibilità di taluni diritti dell'uomo in circostanze specifiche.

¹⁶ Ma, a mio parere, non separato dal sistema generale del diritto internazionale o addirittura autonomamente garantito. In questo senso, invece, ad es. v. SIMMA B., *Self contained Règimes*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 1985, p. 111, e SIMMA B., PULKOVSKI D., *Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law*, in *European Journal of International Law*, 2006, p. 483 ss. Quanto alla definizione, ivi abbozzata con particolare riferimento all'art. 55 del Progetto sulla Responsabilità degli stati, di detti regimi particolari, come sistemi composti di norme speciali, l'ipotesi è condivisibile, con la precisazione già avanzata relativamente al fatto per cui essendo, a mio parere, "il" sistema dei diritti dell'uomo (ma anche, più in generale, *il sistema del diritto internazionale*) un sistema unitario (inserito a sua volta - ma non, a mio parere, come regime speciale perché ad esso non deroga - in quello del diritto internazionale) *al suo interno non sono date né consentite eccezioni* e quindi sub-regimi speciali (come, invece, si ipotizza *ibidem* p. 490 ss.). Meno condivisibile per non dire inaccettabile, sia detto anche qui in termini di primissima approssimazione, è l'idea (ivi adombrata, v. *op. cit.*, § 2 p. 486 s.) della nascita di una sorta di diritto internazionale speciale, separato dal resto, e pertanto dotato di regole proprie non necessariamente coincidenti con quelle comuni. È il rischio, questo, di una sopravvalutazione e una sovrautilizzazione del concetto di norma speciale, che, per questa via, può diventare (come già in passato si è cercato di accreditare con riferimento, ad esempio, al diritto della Comunità Europea) una sorta di grimaldello destinato, in pratica, a far saltare l'unicità logica del diritto internazionale, favorendo l'ipotesi (secondo me assai debole) di ordinamenti giuridici diversi, nell'ambito dello stesso regime dei diritti dell'uomo e magari su basi regionali e dunque non riconducibili più ad unità. Quanto poi ciò « convenga » a qualche soggetto è cosa troppo evidente per richiedere ulteriori specificazioni. Non è assolutamente chiaro in questa "ricostruzione" cosa accadrebbe se due regimi "self contained" avessero disposizioni diverse su questioni identiche o strettamente analoghe, come potrebbe accadere, che so, per la pena di morte o la tortura o il trattamento delle donne (su cui v. un esempio più avanti §

9. La compatibilità "necessaria" tra le norme convenzionali in materia.). Gli effetti assurdi di simili ipotesi sono descritti in particolare *infra* § 6. **La valenza "specificata" dei diritti dell'uomo e il superamento dell'idea dei diritti dell'uomo regionali.**, specialmente il testo corrispondente alle ntt. 74 ss. Simili tesi, a mio parere, sembrano più intese a garantire una sostanziale "libertà" dalle regole per taluni soggetti (e ben si vede quanti di essi sembrano assai propensi ad approfittarne), che ad assicurare un sistemazione logica e coerente dell'ordinamento internazionale.

¹⁷ Nel senso di cui al bel libro di FERRAJOLI L., *Principia juris. Teoria del diritto e della democrazia*, Bari (Laterza) 2007, vol. I, p. 727 s., che sottolinea efficacemente come non si possa parlare di diritti "naturali", dato che di diritti dell'uomo e quindi delle relative aspettative non è possibile parlare che nell'ambito di un ordinamento positivo, che li definisce (li pone) e, aggiungerei, li organizza e li garantisce. Cfr. Anche le ben note e interessantissime considerazioni di FALZEA A., *Introduzione alle scienze giuridiche: il concetto del diritto*, Milano (Giuffrè) 1996, p. 247 ss., la cui definizione del diritto (p. 494) pare utile riportare: «Il diritto risulta essere, in questa definizione integrata, *l'insieme degli interessi sociali* derivanti dalla vita comune congiunto all'insieme dei *valori dell'azione umana* orientati alla loro realizzazione, manifestati socialmente e evidenziati oggettivamente *dall'esperienza comune e dalla comune cultura*».

¹⁸ Cfr. in merito qualche accenno già nel mio *La revisione dei trattati internazionali: spunti critico ricostruttivi*, Napoli (Jovene) 1971, pg. 3 ss. e in particolare ntt. 6, 11 e 24 per i molti riferimenti bibliografici. Sono impliciti, per quanto attiene al testo, i riferimenti agli Autori più rilevanti in materia, dal KELSEN H., *Reine Rechtslehre*, Wien (Deuticke) 1960 (II Ediz.), § 42 c, e § 43, all' ANZILOTTI D., *Corso di diritto internazionale*, Padova (CEDAM) 1964, p. 37 ss., al PERASSI T., *Lezioni di diritto internazionale, II, introduzione al diritto internazionale privato*, Padova (CEDAM) 1962, e v. anche il ben noto e lucidissimo scritto di KELSEN H., *Zur Lehre vom Primat des Völkerrechts*, in *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, 1938, p. 211 ss. Per la dottrina italiana, si rinvia per tutti agli scritti ben noti di BERNARDINI A., *Formazione delle norme internazionali e adattamento del diritto interno*, Pescara (Libreria dell'Università) 1973 e, più di recente del medesimo Autore, *La sovranità popolare violata nei processi normativi internazionali ed europei*, Napoli (Editoriale Scientifica) 1997.

Gerarchia, appunto, ma in termini del tutto impropri, dato che non mi riferisco alla gerarchia tra norme di primo e secondo grado, o ad altre analoghe classificazioni normative, al loro “rango”, insomma, ma al fatto che, indipendentemente dalla natura formale delle singole norme (e dunque indipendentemente dal loro rango)¹⁹, tra le norme stesse si viene a costituire una sorta di gerarchia “necessaria”, riferibile, come accennato, non al rango di ciascuna di esse, bensì alla *strumentalità* di alcune rispetto ad altre. Dove cioè, per spiegarmi meglio, le une (quelle “strumentali”) determinano, accanto alla possibilità materiale di realizzare le altre e pertanto di realizzare quella determinata aspettativa (in termini, dunque, politici e amministrativi), anche la stessa *possibilità giuridica di pretenderne* l’effettiva realizzazione: ma non in termini di legittimità (nel senso che il diritto in questione essendo legittimo è anche dovuto, in astratto, indipendentemente dalla realizzazione di quello strumentale), bensì solo di “azionabilità”. Insomma: di quel diritto, *in quelle determinate circostanze*, non è *giuridicamente consentito* chiedere, e pertanto ottenere, la realizzazione.

Tale, ad esempio, è il caso di quelle norme che garantiscono, tra gli altri, il diritto del bambino all’istruzione (per non parlare del diritto al gioco!²⁰). È fin troppo evidente, infatti, che il diritto all’istruzione può trovare soddisfazione a due precise e preliminari condizioni:

a.- ovviamente che esistano *in loco* gli strumenti (principalmente processuali) per rendere quel diritto “azionabile” da parte dei *singoli aventi diritto* (e quindi *anche ma non solo* delle collettività di cui essi individualmente fanno parte) ma principalmente

b.- che altri “più fondamentali” diritti siano (stati) a loro volta *effettivamente* garantiti. *Fondamentali*, però, non per la loro importanza, quale quelli alla vita o alla sopravvivenza o alla partecipazione politica, ecc.²¹, bensì, se mi è consentito di offrirne una definizione, per la loro “strumentalità necessaria” rispetto agli altri, a seconda delle circostanze specifiche delle singole situazioni, quali potrebbero essere, ad es., quelli all’acqua, alle strade, alla consistenza della popolazione, ecc.: diritti, dunque questi ultimi, *strumentali* (non “più importanti” o di

¹⁹ Tanto più che le norme in materia, fatta eccezione per quelle generali, sono di natura contrattuale e quindi difficilmente ordinabili in termini di rango rispettivo. Ciò non toglie che, il fatto per cui talune di esse siano realizzabili logicamente e concretamente solo se altre siano state già realizzate, non è un fatto solo politico, ma determina la loro inesigibilità fin tanto che queste ultime non siano state attuate. Sorvolo qui, per mancanza di spazio, sulla problematica scaturente dalle ben note tesi ed elaborazioni conseguenti in materia di differenza tra gerarchia propriamente detta e competenza di CRISAFULLI V., *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1960, pag. 775 ss. e IDEM, *La legge regionale nel sistema delle fonti*, *ibidem*, pag. 262 ss. (dove appunto per definire la funzione normativa delle Regioni, le definisce come «...altrettanti ordinamenti giuridici [nel senso di SANTI ROMANO, sia detto incidentalmente]: tipicamente derivati, naturalmente, e inclusi in quello della comunità statale complessiva, nel quale, per dir così, tutti insieme *confluiscono senza soluzione di continuità*», corsivo mio). Cfr. Anche, ESPOSITO C., *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione*, in NOCILLA D. (a cura di), ESPOSITO C., *Diritto costituzionale vivente, Capo dello Stato ed altri saggi*, Milano (Giuffrè) 1992, pag. 343 ss. E, ovviamente, MODUGNO F., *Appunti dalle lezioni sulle Fonti del Diritto*, Torino (Giappichelli) 2005.

²⁰ Art. 31 della Convenzione cit. *supra* nt. 13.

²¹ E infatti, anche in assenza di quelle garanzie, nulla impedisce di assicurare (e quindi di pretendere) il diritto all’istruzione.

rango superiore agli altri) ma proprio per questo *necessariamente* preliminari rispetto ad essi, anche se non definibili ed elencabili *a priori*. Diritti e non situazioni di fatto²², nel senso che la mancata realizzazione della pretesa per “legittimi” motivi di fatto, se può valere ad esentare dalla responsabilità politica, non basterebbe e non basta ad evitare quella giuridica. Viceversa, se un diritto può essere definito al momento non esigibile, non vi è responsabilità nel non concederlo²³, fin tanto che non divenga esigibile.

E dunque, come si vede, non mi riferisco ad un concetto di ordinamento gerarchico nel senso tecnico-giuridico del termine - in cui cioè l’una norma “giustifica e determina” l’altra - ma ad una struttura, appunto, nella quale le norme si ordinano (in senso procedimentale) tra di loro non (o meglio, *non solo*) per la loro posizione gerarchica, ma per la loro reciproca strumentalità: *quando, se e finché* detta strumentalità esista e permanga. Sarebbe, infatti, solo banalmente ovvio affermare che, in mancanza della garanzia piena del diritto alla vita (o alla sopravvivenza fisica, ecc.) non ci si possa ragionevolmente attendere la realizzazione di quello all’istruzione o anche solo che sia preliminarmente necessario realizzare innanzitutto il primo. Al contrario, sta in fatto che, mentre quest’ultimo diritto può essere legittimamente preteso (e perfino ottenuto) *anche in mancanza delle garanzie* di cui sopra, è invece difficilmente immaginabile, nonché che sia concretamente realizzabile, che sia semplicemente legittimo pretenderlo in assenza, ad esempio, di aggregazioni stabili di persone, in assenza di strade o di edifici adeguati fino all’ipotesi della mancanza degli stessi studenti, come vedremo fra un momento. La “gerarchia” tra le varie aspirazioni, cioè, è diversa da quella “classica”. Infatti, se, come ho osservato, in assenza di garanzia del diritto alla vita è, però, egualmente ragionevole pretendere quello all’istruzione, invece in assenza delle strutture, e quindi in assenza della realizzazione dei diritti che consentono di realizzare quest’ultima, la richiesta di istruzione può essere pretermessa²⁴ *senza incorrere in un illecito*: ha, infatti come mi accingo a mostrare, senso giuridico pretenderla, solo dopo che le altre garanzie siano state assicurate. Non occorre, per fare un altro esempio, un regime politico adeguato alle esigenze richieste dalle varie convenzioni in materia di diritti dell’uomo per poter pretendere l’istruzione, ma le condizioni materiali e strumentali per realizzarla effettivamente, invece, occorrono, per cui, in mancanza di queste ultime - questo è ciò che mi propongo di mostrare - *non ha senso giuridico* pretendere

²² V. *infra* §§

2. L’inesigibilità di taluni diritti dell’uomo in circostanze specifiche e 4. La logica della struttura dei diritti dell’uomo come risultante dalle ipotesi fin qui fatte e il problema della responsabilità.

²³ O, al massimo, può esservi la responsabilità derivante dalla necessità di realizzare i diritti ad esso strumentali.

²⁴ Nel senso della disposizione di cui, ad es., all’art. 2.1 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici sociali e culturali, alla luce dell’art. 13, relativo appunto al diritto all’istruzione.

l'istruzione, ragione per la quale quel diritto resta non azionabile, benché perfettamente valido. La pretesa, dunque come vedremo tra poco, non può più (o non può ancora) legittimamente essere quella all'istruzione, bensì alla soddisfazione di quel diritto ad essa strumentale, sempre che quel diritto non *sia stato altrimenti soddisfatto* in maniera adeguata anche se non "puntuale"²⁵.

L'affermazione in sé potrebbe apparire del tutto ovvia, ed espressa in termini politici lo è, ma, se espressa in termini giuridici, lo è molto meno. Ciò che, infatti, si intende sottolineare è che il problema del diritto all'istruzione trova posto ed ha una sua veste giuridica, alla precisa condizione che il "clima generale" della situazione giuridico politica del luogo in cui deve essere soddisfatto, sia tale da consentirne *effettivamente* la realizzazione. Altrimenti esso diventa solo un'affermazione astratta, *concretamente* non realizzabile. Un giurista deve dunque porsi il problema, innanzitutto, di comprendere in che misura quel "diritto" sia e possa essere, di volta in volta, un fine in se stesso o uno *strumento* per la realizzazione di un risultato più complessivo. Ma, in secondo luogo, deve anche porsi il problema di valutare l'effettività di quel diritto quando la sua realizzazione (e perciò la corrispondente pretesa) appaia impossibile in quel determinato momento²⁶.

A ben vedere, infatti, sembrerebbe che, se tra i diritti dell'uomo una differenziazione può essere fatta in termini di rilevanza, essa è solo quella tra diritti, per così dire, "primari" e gli altri. E ciò vale solo per dire che la realizzazione dei primi in una situazione data è in qualche modo più urgente di quella degli altri. Resta il fatto, però, che molti dei diritti, se vogliamo chiamarli così, "secondari" possono essere pretesi indipendentemente dalla realizzazione di quelli primari e viceversa.

Il punto che desidero mettere in evidenza è che, una volta acquisito ciò, taluni diritti non possono *giuridicamente* essere pretesi, se altri (primari o secondari che siano) non siano stati realizzati: manca la possibilità giuridica di pretenderne la realizzazione, non manca la loro esistenza e la conseguente titolarità. Ma può anche accadere il contrario, e cioè che, sempre parlando in senso strettamente giuridico, quei diritti, perfettamente legittimi e suscettibili di essere, astrattamente, pretesi, non lo siano nel concreto, non lo siano, ripeto, *giuridicamente*, in quanto essi si configurano come altrimenti soddisfatti o, addirittura, ultronei o perfino dannosi.

²⁵ Del resto, al di là del discorso teorico di cui nel testo, una affermazione concreta di questa regola la si può trovare ad es. nell'art. 2.2 Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici, su cui ampiamente *infra* § 10.2. **Una classificazione delle norme in materia di diritti dell'uomo, sotto il profilo della loro trasformazione in norme di diritto interno.**

²⁶ Non ha senso, in altre parole, considerarsi legittimati a pretendere la soddisfazione di un diritto quando esso non può essere soddisfatto: ha senso poter pretendere che ciò che impedisce di soddisfarlo venga rimosso.

Il passaggio, quindi, dall'affermazione etica e moralistica di un diritto dell'uomo, quale ad esempio quello all'istruzione (mai negato da nessuno, ma realizzato in concreto da assai pochi stati) alla sua affermazione come principio giuridico attuale, e quindi obbligatorio (nel senso stretto del diritto internazionale, innanzitutto, *ma anche del diritto interno*), implica che esso debba trovare una adeguata collocazione logica nell'ambito dell'intero sistema, convenzionale e non, a cui appartiene: non solo dunque (e già è un passo avanti rispetto alla affermazione generica del "diritto" all'istruzione isolatamente inteso) nell'ambito della specifica Convenzione, ad esempio, sui diritti dell'infanzia, ma nel quadro più generale delle convenzioni (e delle norme generali di diritto internazionale) in materia di diritti dell'uomo. In questo senso davvero, ben più che "umani", perché possono risolversi perfettamente in diritti individuali di *singole* persone, o, come vedremo tra poco, essere diritti legittimamente negati, ma sempre a *singoli*, indipendentemente dal fatto che appartengano a gruppi o etnie particolari.

3. Un caso paradigmatico: l'uso della lingua nella scuola in Belgio e le sue conseguenze in termini di valore delle norme in materia di diritti dell'uomo

Valga, a spiegare, in termini concreti, il discorso fin qui svolto e come guida, un esempio ben noto a tutti.

Nella famosissima polemica (culminata in una ancora più famosa sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo)²⁷ sul diritto dei singoli cittadini belgi²⁸ (sia pure in quanto discendenti di una collettività di lingua e costumi specifici: francese o fiamminga) all'istruzione nella propria lingua madre, i giudici della Corte²⁹, chiamati a valutare della legittimità della pretesa di alcuni *singoli* cittadini di lingua francese a ricevere l'istruzione nella propria lingua piuttosto che in quella olandese, affermavano, *negando la legittimità di quella pretesa*, un principio proprio nell'ordine di idee su enunciato. E cioè: quello all'istruzione nella propria lingua è un diritto assoluto e fondamentale, ma³⁰ la sua mancata piena soddisfazione *non può considerarsi una violazione* dei diritti fondamentali dell'uomo se è frutto solo di un

²⁷ CEDU 23.7.1968, *Application no 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, Case Relating To Certain Aspects Of The Laws On The Use Of Languages In Education In Belgium v. Belgium* (Merits).

²⁸ V. *infra* nt. 33 per il testo rilevante sul punto.

²⁹ Giudici, è appena il caso di ricordarlo, del calibro tra gli altri di G. BALLADORE PALLIERI, H. MOSLER, R. CASSIN, Sir H. WALDOCK, A. VERDROSS, ecc.

³⁰ Cfr. La sentenza cit. alla nt. 27, p. 36 s.: « The Commission, referring to "contemporary theory" and to its own decisions is of the opinion that the *Convention does not prohibit the establishment of legitimate "differentiation" in the enjoyment of the rights and freedoms guaranteed: an "extensive interpretation" based on the French text of Article 14 ("sans distinction aucune"), "would lead to absurd results". Article 14 condemns only "discrimination", and the Commission makes a point of stating precisely how it understands this word. In its opinion a State does not discriminate if it limits itself to conferring an "advantage", a "privilege" or a "favour" on a particular group or individual which it denies to others. The question of a possible discrimination arises only if the difference in treatment in issue amounts to a "hardship" inflicted on certain people.»*

contesto socio amministrativo particolare (la schiacciante predominanza della popolazione di lingua fiamminga in quella determinata zona del paese), che si colloca *in una situazione generale, innanzitutto giuridica, nella quale i diritti e le esigenze fondamentali dei singoli e delle collettività sono in realtà ampiamente rispettati*; nel quale contesto, perciò, una scuola *ad hoc* avrebbe rappresentato nonché un costo eccessivo, uno spreco visto il numero limitato di allievi interessati e un fattore di disturbo per la popolazione locale, nella quasi totalità fiamminga ³¹.

Anche se la Corte si attarda alquanto nell'analisi delle motivazioni formali (o meglio, formalistiche, quando ad es. riferite al testo letterale della disposizione, un po' troppo "strattonata" per farle affermare che essa lascia libertà allo stato nel legiferare in materia) ³² la parte decisiva e consistente della sua motivazione sta nell'affermazione che quel diritto è indiscutibilmente un diritto certo ³³, ma, nella specifica circostanza, esso va considerato come

³¹ Anche di recente la Corte è tornata sul punto per un discorso del tutto analogo, sia pure non centrato sulla lingua, ma sulla difesa delle identità culturali. V. *Case of Hasan And Eylem Zengin V. Turkey (Application no. 1448/04)* 9.10.2007. Il caso implica la questione dell'esenzione da certe lezioni scolastiche in contrasto con le convinzioni religiose dello studente. Al proposito la Corte, rilevato che «§ 70. In the light of the above, the Court concludes that the instruction provided in the school subject "religious culture and ethics" cannot be considered to meet the criteria of objectivity and pluralism and, more particularly in the applicants' specific case, to respect the religious and philosophical convictions of Ms Zengin's father, a follower of the Alevi faith, on the subject of which the syllabus is clearly lacking... §76. In consequence, the Court considers that the exemption procedure is not an appropriate method and does not provide sufficient protection to those parents who could legitimately consider that the subject taught is likely to give rise in their children to a conflict of allegiance between the school and their own values...» conclude affermando: «§ 84. The Court also observes that it has found in this case a violation of the Convention on account of the inadequacy of the Turkish educational system, which, with regard to religious instruction, does not meet the requirements of objectivity and pluralism and provides no appropriate method for ensuring respect for parents' convictions. These conclusions in themselves imply that the violation of the applicants' rights, as guaranteed by the second sentence of Article 2 of Protocol No. 1, originates in a problem related to implementation of the syllabus for this class and the absence of appropriate methods for ensuring respect for parents' convictions. In consequence, the Court considers that bringing the Turkish educational system and domestic legislation into conformity with the above-cited provision of the Convention would represent an appropriate form of compensation which would make it possible to end the violation found», e dunque afferma che, nel caso specifico, è possibile provvedere a strumenti atti a non offendere le convinzioni religiose dello studente, semplicemente modificando i testi scolastici, ecc.

³² Il che è formalmente esatto, ma allo stato compete l'obbligo di assicurare l'istruzione di tutti nel rispetto, tra l'altro, delle loro esigenze linguistiche: questo è il contenuto effettivo e sostanziale della disposizione, che altrimenti non avrebbe senso. E, infatti, a ben vedere, nemmeno si è in presenza nel caso di una legislazione parziale o "progressiva", ma si tratta di una scelta amministrativa precisa dello stato. Lo stato, infatti, non ha legiferato, usando della propria supposta libertà di legiferare, in modo da non realizzare quel risultato (altrimenti avrebbe ampiamente violato la Convenzione!), ma semplicemente quel risultato, predisposto in astratto dalla legislazione dello stato, *in quel caso specifico non può essere preteso dal cittadino interessato* e dunque lo stato non glielo concede. Solo così, mi pare, si può affermare che il Belgio non è incorso nella violazione della Convenzione e nella conseguente responsabilità internazionale.

³³ Nelle parole della Corte, *ibidem* p. 28 ss.: « By the terms of the first sentence of this Article (P1-2), "no person shall be denied the right to education"... In spite of its negative formulation, this provision uses the term "right" and speaks of a "right to education". Likewise the preamble to the Protocol specifies that the object of the Protocol lies in the collective enforcement of "rights and freedoms". There is therefore no doubt that Article 2 (P1-2) does enshrine a right», ma «... persons subject to the jurisdiction of a Contracting State cannot draw from Article 2 of the Protocol (P1-2) the right to obtain from the public authorities the creation of a particular kind of educational establishment; nevertheless, a State which had set up such an establishment could not, in laying down entrance requirements, take discriminatory measures within the meaning of Article 14 ».

un diritto, come diremmo nella nostra terminologia giuridica, «inesigibile» o, se si vuole, inefficace³⁴: sia pure per ... eccesso di garanzia³⁵.

Inesigibile, dunque, perché non si nega affatto che quel diritto esista, né che sia assolutamente doveroso garantirlo e pertanto astrattamente legittimo pretenderlo, ma si constata che, considerato il complesso di garanzie amplissimo dato agli individui (di ogni etnia o lingua) in un paese come il Belgio – lo affermo, ampliando alquanto e integrando le parole stesse della sentenza - quella situazione individuale *specificata* non richiede una *specificata* protezione³⁶: è appunto, perciò, giuridicamente inesigibile, in quanto in quella particolare situazione esso *non può legittimamente essere preteso* né vi è, in conseguenza, obbligo alcuno di assicurarlo³⁷, o, se si preferisce, non vi è violazione (e quindi responsabilità) nel non assicurarlo. *In quella situazione specificata* e solo in essa, quel diritto semplicemente è *tamquam non esset* è “sospeso” insomma (perché ve ne sono altri, che richiedono di essere applicati e garantiti)³⁸, salvo a ricomparire in tutta la sua concretezza (e quindi *esigibilità*) al mutare di quelle condizioni che *oggi* lo rendono inesigibile. Nel caso di specie, e mi sembra rilevante,

³⁴ Ai ricorrenti, infatti e come risulta dalla sentenza, non si nega per nulla che il diritto esista, ma si nega loro il diritto di pretenderne legittimamente la realizzazione, nel caso concreto e specifico per *quelle* persone in *quel* determinato luogo.

³⁵ Come vedremo fra poche righe, una logica analoga vale anche nell'ipotesi inversa, di mancanza di tutte o molte (o comunque di quelle essenziali, strumentali, come si accennava sopra) garanzie dove quello specifico diritto risulterebbe a sua volta giuridicamente inefficace.

³⁶ Se non altro, dice la Corte, *perché non vi è intento discriminatorio* : appunto, si difende un diritto in qualche modo più ampio, che rende inesigibile la pretesa. Ipotesi non isolata, se si considera come la Corte abbia successivamente trattato altre situazioni di presunta discriminazione (nel caso, razziale), valutando caso per caso se discriminazione vi fosse stata o meno. Per ulteriori considerazioni in merito v. il mio *Lo strumento europeo di lotta alla discriminazione razziale e la sua applicazione in Italia alla luce del diritto internazionale generale e convenzionale*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2006, p. 43 e ntt. 60-63.

³⁷ Riportando ancora le parole della Corte, *ibidem* p. 31 s.: «It is important, then, to look for the criteria which enable a determination to be made as to whether or not a given difference in treatment, concerning of course the exercise of one of the rights and freedoms set forth, contravenes Article 14. On this question the Court, following the principles which may be extracted from the legal practice of a large number of democratic States, holds that *the principle of equality of treatment is violated if the distinction has no objective and reasonable justification. The existence of such a justification must be assessed in relation to the aim and effects of the measure under consideration, regard being had to the principles which normally prevail in democratic societies. A difference of treatment in the exercise of a right laid down in the Convention must not only pursue a legitimate aim: Article 14 is likewise violated when it is clearly established that there is no reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised....* In attempting to find out in a given case, whether or not there has been an arbitrary distinction, *the Court cannot disregard those legal and factual features which characterise the life of the society in the State* which, as a Contracting Party, has to answer for the measure in dispute. ... The national authorities remain free to choose the measures which they consider appropriate in those matters which are governed by the Convention. Review by the Court concerns only the conformity of these measures with the requirements of the Convention».

³⁸ In realtà, a ben vedere, si potrebbe anche utilizzare un'altra categoria giuridica per descrivere la fattispecie, affermando cioè che il diritto, indubbiamente, è però sottoposto alla condizione sospensiva per cui, nel caso ipotizzato, qualora mutino le circostanze attuali quel diritto potrebbe essere lecitamente preteso, poiché non se ne nega l'esistenza, ma solo l'attuabilità. Condizione sospensiva che si potrebbe determinare anche qualora la mancata esigibilità del diritto derivi dalla mancata realizzazione di altri diritti ad esso strumentali, come vedremo fra poche righe.

qualora vi fossero le strutture adeguate, *in loco*, sarebbe stato illecito non consentire l'accesso agli studenti che ne avevano fatta richiesta³⁹.

Detto del tutto incidentalmente, anche ciò che ho appena sostenuto, può servire a chiarire meglio il senso di quanto ho affermato, all'inizio di questo lavoro, a proposito della preferenza a parlare di diritti dell'uomo piuttosto che umani. Nel caso descritto, infatti, il singolo, anche se "lontano" dalla sua collettività, ha sicuramente un diritto all'uso della propria lingua, ma in quanto quell'individuo si trovi inserito in un contesto sociale largamente "garantista", questo suo diritto (derivante appunto dalla sua appartenenza ad una etnia riconosciuta e protetta, ma insediata altrove e che, dove è prevalentemente insediata, dispone appieno di quelle garanzie, come ripetutamente afferma anche la Corte) deve in qualche modo essere reso compatibile con i diritti, altrettanto rilevanti, dell'*intera* collettività, si badi, non solo di quella fiamminga e perciò non in quanto etnia, in quella circostanza, privilegiata⁴⁰. Mancano, in conclusione, in questo caso, le condizioni (che ho definito strumentali: nel caso, i troppo pochi allievi e i costi eccessivi conseguenti, il "danno" alla popolazione, ecc.) per *esercitare* quel diritto attraverso la corrispondente pretesa. Ragione per la quale, non si tratta di capire se esista o meno un intento discriminatorio, il punto reale è che il principio in questione, nelle parole della Corte: «...is violated if the distinction has no *objective and reasonable* justification...», ciò che, invece, nel caso c'è.

4. La logica della struttura dei diritti dell'uomo come risultante dalle ipotesi fin qui fatte e il problema della responsabilità.

Esprimendo in sintesi quanto è risultato nella prima parte di questa indagine, mi sembra che si possa dire che: è il contesto giuridico⁴¹ nel quale le singole pretese (tutte in sé legittime e

³⁹ *Supra* nt. 33.

⁴⁰ L'interesse protetto, mi preme sottolinearlo, è un interesse collettivo e dunque dell'intera comunità belga, per la quale risulterebbe dannoso o improprio soddisfare quell'indiscusso diritto individuale in una situazione nella quale quella soddisfazione "danneggerebbe" gli interessi collettivi. A costo di apparire pedante: il diritto c'è indiscutibilmente, ma, in quella specifica situazione, non è esigibile. Non diversamente, a ben vedere, dalla situazione dell'Alto Adige con riferimento all'Italia: dove, se il diritto all'uso della lingua tedesca è garantito ai cittadini italiani di lingua tedesca, lo è *in loco*, ma non sull'intero territorio nazionale. L'interesse dell'etnia, dunque, viene posposto a quello dell'intera popolazione. Del resto, come già rilevato nel mio *Autodeterminazione dei popoli, passim*, anche in caso di aspirazione di parte della popolazione di uno stato (unitario) alla secessione, essa viene consentita solo se l'intera popolazione si pronuncia a favore (o comunque sia a favore) e non solo la parte aspirante alla secessione. Il riferimento alle brutture giuridiche in atto in Kosovo non è casuale. Per una situazione analoga, v. anche SINAGRA A., *Nota alla sentenza Oçalan c. Presidenza del Consiglio dei Ministri e Ministero dell'interno*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 1999, p. 184 ss. e specialmente 193.

⁴¹ Sia pure determinato da quello sociale, come sempre, del resto, per ogni norma giuridica. Quel "contesto" in senso lato, del resto, è anche quello che ne determina il contenuto, che molto di frequente non è più solo quello testuale della singola specifica disposizione: v. *infra* §§ 10.1. **Il contenuto delle norme in materia di diritti dell'uomo e i rapporti tra di esse.** ss.

doverose) devono essere soddisfatte quello che determina la loro stessa esigibilità e, dunque, l'effettività, immediata, o meno, di quei diritti.

Se infatti è evidente, per restare all'esempio che ci ha accompagnati fin qui, come la pretesa, in sé assolutamente legittima, all'istruzione (anche nella propria lingua) può essere disattesa - come descritto sopra: e cioè in presenza di circostanze particolarmente favorevoli ai diritti dell'uomo in genere e quindi non solo a quelli in questione - esprimendo la insussistenza della pretesa avanzata dai ricorrenti e quindi, non solo, senza violare quello specifico diritto, ma addirittura affermandone uno in certo senso più complesso e articolato - quello, come ipotizzato, ad evitare lo spreco di risorse e la distorsione degli equilibri linguistici, in sé lesivi di interessi generali e, questa volta sì, di diritti umani, cioè collettivi ma non etnici ecc. - ⁴² si è mostrato anche come è altrettanto vero che la pretesa (astrattamente legittima) a detta istruzione, ma in una situazione giuridico sociale in cui la struttura fondamentale dei diritti dell'uomo sia invece priva delle garanzie strumentali a quel diritto, può essere, di nuovo, considerata *in quanto tale* non legittimamente suscettibile di azione, e perciò addirittura infondata, o almeno, in quello specifico momento, inefficace e dunque *inesigibile*. Insomma: il diritto c'è, ma non è effettivo.

Ripeto, dunque, quel diritto è *tecnicamente inesigibile* anche in quest'ultimo caso, ma per una motivazione esattamente opposta a quella, citata, del Belgio: la *manca* di garanzie sufficienti che devono essere necessariamente realizzate *prima*. Almeno nel senso che l'assicurazione dei diritti *strumentali* è giuridicamente preliminare e pertanto, per dir così, la pretesa "si sposta" sul diritto strumentale, soddisfatto il quale, si potrà, anzi, si dovrà soddisfare l'altro. La pretesa all'istruzione, insomma, è espressa, almeno inizialmente, in maniera mediata attraverso la pretesa alla soddisfazione dei mezzi per la sua realizzazione e ne risulta, per certi versi, *rafforzata*: la mancata realizzazione della pretesa *strumentale*, impedendo "a cascata" le altre, ne rende particolarmente pressante la realizzazione.

In entrambi i casi, dunque, il diritto all'istruzione c'è e resta. Ma, *nel primo* è inesigibile in quanto altre garanzie prevalgono e, in certo senso indirettamente, lo soddisfano, mentre *nel*

⁴² Nelle parole della Sentenza, p. 40 s. « It is true that the legislature has instituted an educational system which ... exclusively encourages teaching in Dutch, *in the same way as it establishes the linguistic homogeneity of education in the French unilingual region...* Article 14 does not prohibit distinctions in treatment which are founded on an objective assessment of essentially different factual circumstances and which, being based on the public interest strike a fair balance between the protection of the interests of the community and respect for the rights and freedoms safeguarded by the Convention.....[p. 41] In other words, it tends to prevent, in the Dutch-unilingual region, the establishment or maintenance of schools which teach only in French. Such a measure cannot be considered arbitrary. To begin with, it is based on the objective element which the region constitutes. Furthermore it is based on a public interest, namely, to ensure that all schools dependent on the State and existing in a unilingual region conduct their teaching in the language which is essentially that of the region». In altre parole, se mi si consente una chiosa: si applica nel caso di specie una regola diversa, non si fa eccezione ad una regola, dato che l'"eccezione" costituirebbe in quanto tale una violazione della norma.

secondo caso è di nuovo inesigibile, ma perché la mancanza delle strutture giuridiche che ne consentano l'efficace realizzazione, ne impedisce la stessa pretesa: essa potrà ricomparire, però, perfettamente esigibile, una volta soddisfatte le menzionate esigenze strumentali, sulle quali, come accennato, si è spostata la richiesta originaria. Viceversa, nel primo caso, quel diritto potrebbe riemergere come giuridicamente esigibile, laddove, ad es., la collettività di quella particolare lingua divenga in quel luogo sufficientemente numerosa.

Ragionando diversamente, del resto, ci si troverebbe di fronte ad una serie indistinta di diritti e pretese, tutti posti sul medesimo piano e rispetto ai quali, la mancata soddisfazione di qualcuno di essi, non su una inefficacia giuridica della pretesa si potrebbe fondare, ma semplicemente su una incapacità politica o amministrativa di realizzarla: una incapacità generatrice di responsabilità, che potrebbe addirittura essere personale (dell'amministratore, del politico, ecc.). In assenza, infatti, di una motivazione giuridica per escludere la realizzazione di quelle pretese (strumentali e non), la responsabilità politico-amministrativa sarebbe di tutta evidenza, *sul piano interno*, in conseguenza della violazione della norma interna frutto di quella internazionale, e *sul piano internazionale*, per la violazione di quest'ultima.

Cambiano, invece, nei due casi i *termini* della responsabilità, perché, grazie alla proposta ricostruzione, mentre *nel caso del Belgio* la responsabilità non vi sarebbe - in nessun caso e sia a livello interno che internazionale, dato che il diritto viene negato solo per l'eccessiva onerosità e quant'altro di riconoscerlo specificamente - *nell'altro caso* mancherebbe, sì, la responsabilità, *per la specifica pretesa di istruzione*, ma solo per quella, poiché essa vi sarebbe appieno per la mancata realizzazione degli strumenti necessari, la cui assenza impedisce la realizzazione del diritto all'istruzione e la sua azionabilità: in questo senso ho parlato di *rafforzamento* della pretesa⁴³.

Con un corollario tanto evidente quanto importante. Posto che il diritto in capo ai singoli individui esiste, sia pure in stato "quiescente": 1.- nel caso del Belgio esso riemergerebbe con tutta la sua forza al mutare delle circostanze che lo hanno reso finora inesigibile (ma senza responsabilità per la sua mancata attuazione in passato), mentre 2.- negli altri casi esso si risolve nella pretesa, attuale ed effettiva e quindi esigibile, alla realizzazione delle esigenze strumentali (con la relativa responsabilità per la loro eventuale mancata concretizzazione),

⁴³ Cfr. anche *infra* nt. 144. Va senza dire che lo stato inadempiente, per mancata realizzazione degli obblighi strumentali, può, a mio giudizio, obiettare che è suo compito stabilire le priorità nella realizzazione dei vari diritti, strumentali e non (invocando cioè, il limite degli affari interni), ma li deve realizzare tutti ed in tempi ragionevoli: ne può "graduare" la realizzazione (art. 2 Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici sociali e culturali) ma li deve realizzare, pena una violazione del diritto internazionale e la conseguente responsabilità (v. *infra* § 10.2. Una **classificazione delle norme in materia di diritti dell'uomo, sotto il profilo della loro trasformazione in norme di diritto interno.**).

salvo a riemergere, anche in questo caso, quando, una volta ottenute le realizzazioni strumentali, a quel diritto non si dia soddisfazione.

4.1. Il sistema dei diritti dell'uomo, nella ricostruzione ipotizzata.

Se, dunque, l'analisi che precede è corretta, è impossibile sottrarsi alla necessità di costruire i singoli diritti dell'uomo come parti di un sistema in cui, posto che *tutti e sempre* quei diritti sono da assicurare, la loro concreta azionabilità dipende dalle circostanze *giuridiche* in cui devono essere azionati. *Giuridiche*, non sociali: nulla giustifica la mancata soddisfazione di un diritto, meno che mai la mancanza dei diritti ad esso strumentali. Ma, la mancanza (per così dire, "dolosa" o meno che sia) delle strutture fondamentali necessarie alla soddisfazione di un diritto, può rendere la stessa pretesa alla soddisfazione di quel diritto, come quello per restare all'esempio iniziale, all'istruzione, giuridicamente *infondata* perché non realizzabile *in quel determinato momento storico e in quella determinata temperie giuridica*, ma non per questo illegittima. Non diversamente da come, quel medesimo diritto, a sua volta perfettamente legittimo, può, come detto, risultare egualmente non suscettibile di una legittima pretesa, laddove esso sia incluso in un contesto più ampiamente, benché altrimenti, garantito.

A ben vedere, del resto, se si ragionasse diversamente (affermando cioè la permanente esigibilità dei singoli diritti purchessiano), non si comprende che senso avrebbe affermare, come sarebbe inevitabile, che un individuo o una certa collettività ha un certo diritto e può legittimamente (e dunque, processualmente) pretenderlo, ma detto diritto non gli viene in pratica concesso sulla base della "giustificazione" per cui chi deve attuarlo non dispone degli strumenti per farlo. Ciò, infatti, determinerebbe la conseguenza poco logica (per non dire assurda) per cui o l'autorità, che non realizzi quel diritto, possa al massimo attenuare la propria responsabilità (comunque inevitabile) a causa delle difficoltà tecniche di realizzazione, oppure, di fatto, la pretesa verrebbe semplicemente lasciata cadere (o addirittura ignorata) sulla base, magari, di motivazioni tecnico amministrative, che, di nuovo però, non esimono dalla responsabilità dello stato e dei suoi amministratori, ma al massimo la attenuano ⁴⁴.

D'altro canto, quest'ultima costruzione, già di per sé assai claudicante, non "coprirebbe" una situazione del "tipo belga", dove la pretesa, che non viene soddisfatta, non diversamente da quella di cui all'ipotesi precedente, ma in nome di un principio superiore (che ne vuole legittimare la mancata soddisfazione), resterebbe però tale: una pretesa legittima e non

⁴⁴ Saranno, come ovvio, i singoli ordinamenti giuridici interni a predisporre o meno i meccanismi per far valere quella responsabilità e per trarne le necessarie conseguenze. Ma, almeno in astratto, sul piano internazionale la mancata realizzazione di quei diritti, comunque motivata, determinerebbe sempre la responsabilità dello stato fin tanto che la relativa pretesa fosse azionabile.

soddisfatta e pertanto anche qui generatrice di responsabilità, ma non “attenuabile” ad es. per l’ipotizzata impossibilità (o grande difficoltà) di attuazione, poiché la sua mancata soddisfazione deriverebbe da un’esplicita e deliberata *volontà di non* realizzazione. Ironicamente: una vera e propria responsabilità dolosa!

Ciò che sto cercando di ipotizzare, invece, è proprio l’opposto, e cioè che, date certe circostanze oggettive, il diritto non può, *illico et immediate*, essere esatto, neanche processualmente, per cui la sua mancata realizzazione non genera responsabilità di sorta, né internazionale né interna.

In questo senso, e solo in questo senso, a mio parere, si può tornare a parlare di diritti dell’uomo regionali. Non dunque per intendere che taluni diritti siano validi (e validamente pretesi) in un posto e non in un altro del globo, ma nel senso che singoli specifici *diritti* possono risultare giuridicamente non azionabili in determinate circostanze (anche geograficamente delimitabili) o perché non proceduralmente esigibili oppure perché soddisfatti altrimenti ⁴⁵.

Insomma, se una differenziazione tra i molteplici diritti dell’uomo può essere fatta (e, a mio parere, come si comprende, *deve* essere fatta) essa non è tra diritti locali e diritti universali (religiosi o laici, ecc., che siano) ma tra diritti, per così dire, “comuni” e diritti strumentali, in mancanza della realizzazione dei quali i primi non possono nemmeno essere validamente pretesi. Il che impone di individuare, nel complesso dei diritti dell’uomo, quelli che ho definito “strumentali” (e quindi, tornando a quanto affermato all’inizio, in questa prospettiva, definibili di “primo grado”) ⁴⁶ e quelli in qualche modo di “secondo grado”. Ma in nessun caso, il problema può essere posto in termini di rango delle norme e dei corrispondenti diritti: taluni diritti *giustificano l’esigibilità di altri, ma non ne definiscono la legittimità*. Ovviamente ciò non esclude che taluni diritti siano esigibili *tout court* semplicemente perché non ne esistono di strumentali ad essi o, essendone stati realizzati quelli strumentali, quelli conseguenti non lo siano stati.

Salvo ogni necessario ulteriore approfondimento del tema, che non può avere luogo in questa sede, questo ragionamento può valere a superare le problematiche, spesso non risolvibili, legate, *da un lato* alla pretesa in assoluto di rispetto di ogni singolo diritto

⁴⁵ Rispetto a ciò, diverso è l’approccio della cd. «inclusive universality», che, peraltro, centra l’attenzione, come io stesso più sopra, sull’individuo, piuttosto che sulle collettività, v. BREMS E., *Human*, cit., 338.

⁴⁶ E quindi, si tratta, a mio parere di una gerarchia del tutto atipica, *funzionale*, come spiego meglio *infra* § 10.2. **Una classificazione delle norme in materia di diritti dell’uomo, sotto il profilo della loro trasformazione in norme di diritto interno.**

dell'uomo, e, *dall'altro*, alla affermazione acritica della loro non applicabilità in pratica per la mancanza delle condizioni socio politiche necessarie ⁴⁷.

Non a caso, le convenzioni in materia di diritti dell'uomo, se ipotizzano la sospensione di *certi* diritti in situazioni particolari (di emergenza) ne consentono, altrettanto eccezionalmente, una certa gradualità di realizzazione, corrispondente alle situazioni specifiche di ogni singolo paese, e comunque sempre per un tempo limitato.

E quindi, come detto, si può addirittura considerare largamente superata l'idea della regionalizzazione, affermando addirittura che i singoli diritti dell'uomo siano differentemente realizzabili e legittimamente esigibili in parti diverse non solo del mondo, ma di un medesimo paese a seconda delle diverse situazioni socio-giuridiche locali ⁴⁸, fin tanto che esse non mutino, e perfino sotto una sorta di controllo internazionale ⁴⁹.

Occorre, però, aggiungere che, affermando quanto sopra con particolare riferimento allo "spostamento" della pretesa dal diritto immediatamente vantato a quello ad esso strumentale, è d'obbligo una breve precisazione, anche qui solo per un rapido accenno.

Le situazioni ipotizzabili sono infatti due: quella dell'individuo che possa rivolgersi direttamente allo stato (con adeguati strumenti processuali) e quella dell'individuo che possa rivolgersi (anche o esclusivamente) ad istanze internazionali. Nel primo caso, infatti, l'individuo può trovarsi di fronte alla obiezione, squisitamente politica, per cui spetterebbe allo stato (qualora molti siano i passi da compiere per poter soddisfare non solo quella insoddisfatta aspettativa) scegliere e graduare la realizzazione non solo dei diritti vantati, ma anche di quelli strumentali. Ciò, peraltro, non farebbe altro (secondo il ragionamento fin qui svolto) che spostare ulteriormente l'oggetto della pretesa, lasciando valida la mia tesi: l'*inesigibilità* di quel diritto, con la conseguente *assenza di responsabilità per la sua mancata soddisfazione*, ma non per la mancata soddisfazione di quello ad esso (o di quelli ad essi) strumentale. Né sarebbe diversa la situazione, quando non (o non solo) ad una istanza interna possa l'individuo riferirsi, ma ad una internazionale, che ben potrebbe, a sua volta, come, *mutatis mutandis*, nel caso del

⁴⁷ Per quanto possa apparire un'osservazione solo formalistica, non è un caso, a mio parere, che nelle convenzioni in materia di diritti dell'uomo non si condiziona la realizzazione dei singoli diritti ivi ipotizzati alle situazioni socio-politico-giuridiche locali. Nulla, cioè, "giustifica" la mancata realizzazione di quei diritti. L'ipotesi che sto formulando nel testo, serve dunque a *graduare l'esigibilità* giuridica delle singole pretese.

⁴⁸ Per portare all'estremo le conseguenze di questo ragionamento, il regionalismo andrebbe inteso in senso socio-giuridico e non certamente geografico, talché, come accennato nel testo, non sarebbe impossibile affermare che diversi regimi giuridici di diritti dell'uomo possano coesistere in un medesimo contesto geografico, perfino all'interno di uno stesso stato. V. anche più ampiamente *infra* § 6. **La valenza "specificata" dei diritti dell'uomo e il superamento dell'idea dei diritti dell'uomo regionali.**

⁴⁹ È il caso degli artt. 2 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici sociali e culturali e del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici. Cfr. più ampiamente sul punto *infra* § 10. **Per la ricostruzione di una gerarchia funzionale delle norme in materia di diritti dell'uomo.** ss.

Belgio, “spostare” anch’essa la pretesa, senza perciò interferire neanche negli affari interni dello stato.

Ciò che, invece, a mio parere non è sostenibile è che in talune parti del mondo valgano dei diritti diversi da quelli validi altrove, come cercherò di mostrare ancora più avanti.

5. Il contenuto degli obblighi.

Tornando ora all’esempio di cui fin qui, non solo il diritto all’educazione del bambino è in realtà un “diritto” realizzabile e addirittura suscettibile di essere *validamente preteso* solo in presenza di determinate condizioni (lo ripeto: giuridiche) di carattere preliminare locali e non⁵⁰, ma, inoltre, permette all’individuo, nella migliore delle ipotesi, solo di pretendere dallo stato di adoperarsi perché quella esigenza venga soddisfatta o addirittura, semplicemente di ottenere l’applicazione di qualche sanzione internazionale allo stato che non abbia adempiuto all’obbligo, sempre che, come in questo caso, vi sia una istanza internazionale abilitata a sanzionare il comportamento dello stato.

Portando alle sue ultime necessarie conseguenze quanto sto affermando, ne consegue dunque che:

a.- in primo luogo, non solo, come spiegato più sopra, all’individuo (prima e più che alle “collettività”⁵¹) potrebbe essere nel concreto negata la stessa facoltà giuridica di pretendere il rispetto nei suoi confronti di *quel determinato diritto*, che, in questa maniera diverrebbe un diritto inesigibile o inefficace,

b.- ma, inoltre, anche nel caso più “sofisticato”, citato sopra (quello relativo alla Convenzione europea) se pure il sistema permette al cittadino, soddisfatte le condizioni di cui in *a*, di ottenere direttamente l’applicazione di una sanzione (pecuniaria, per lo più) allo stato inadempiente, non gli permette, comunque, di avere concretamente la scuola, ma solo (al massimo) di pretendere validamente, *ma con altra e diversa azione*, che si predispongano gli strumenti per realizzarla.

Da un lato, dunque, la descritta ambivalenza del sistema definisce, accanto a diritti immediatamente esigibili, diritti mediati non direttamente azionabili dall’individuo e, dall’altro, la garanzia degli specifici diritti è legata, più o meno strettamente e inscindibilmente, alla presenza effettiva *in loco* delle strutture giuridiche strumentali necessarie.

⁵⁰ *Supra* §§ 5. **Il contenuto degli obblighi.** ss.

⁵¹ Anzi, non sembra privo di significato il fatto per cui mentre è proprio alla collettività che il diritto non viene negato (anzi, viene ufficialmente e pienamente riconosciuto), è invece all’individuo che quello stesso diritto può, legittimamente, venire negato, o, almeno, ne può venire negata la facoltà di pretenderlo.

Ciò non solo non impedisce, come vedremo tra un momento, ma addirittura impone di costruire i diritti dell'uomo come un insieme organico, tale che, pur in presenza dei limiti descritti, in ogni circostanza sia possibile che un individuo possa o riesca ad esercitare validamente la pretesa di vederseli riconosciuti direttamente ⁵².

In sostanza, la situazione che deriva da questo sistema, così come descritto al precedente paragrafo, è che, *da un lato*, l'ordinamento internazionale, imponendo agli stati, obblighi di *facere* o di *non facere* ⁵³ chiede agli stessi di predisporre al loro interno tutti i meccanismi necessari per la soddisfazione di quei diritti (nel modo e con le procedure proprie di ogni singolo regime giuridico, sulla base di quanto indicato nel paragrafo che precede), mentre *d'altro canto*, gli individui sono titolari di quei dritti, *mediati e non*, sia verso lo stato che, se del caso, verso altri individui ⁵⁴. La Comunità internazionale, dunque, offre ai singoli (e non solo alle collettività, ma ai singoli individui nell'ambito dei singoli ordinamenti giuridici) una *garanzia* ⁵⁵, nel senso che lo stato, che non realizzi quegli obblighi internazionali, è responsabile del corrispondente illecito verso la stessa Comunità internazionale (magari attivabile direttamente dagli individui), *ma anche* verso i singoli individui, almeno negli ordinamenti giuridici più sofisticati, in cui quelle norme internazionali siano a tutti gli effetti norme interne.

È infine appena il caso di sottolineare come in questa circostanza (ma in realtà non solo) l'obbligo dello stato deve necessariamente essere costruito come un obbligo assoluto ⁵⁶ verso la Comunità internazionale ⁵⁷, mancando, in materia di diritti dell'uomo, obblighi reciproci in senso stretto ⁵⁸.

⁵² Ovviamente con tutte le differenze che derivano dagli ordinamenti costituzionali e processuali dei vari soggetti e dal tipo di obblighi (sempre processuali, come la possibilità di ricorso individuale) da essi assunti sul piano internazionale.

⁵³ V. ZANGHÌ C., *La protezione*, cit., p. 18 s.

⁵⁴ *Infra* § 10.2. Una **classificazione delle norme in materia di diritti dell'uomo, sotto il profilo della loro trasformazione in norme di diritto interno.**

⁵⁵ Perché, come osservato sopra e come si approfondirà più avanti (§§ 10. **Per la ricostruzione di una gerarchia funzionale delle norme in materia di diritti dell'uomo.** ss.) alla Comunità internazionale compete il compito di verificare che gli obblighi, dei quali ha spesso esplicitamente imposto la *specifica* realizzazione (v. art. 2 dei Patti delle Nazioni Unite sui diritti dell'uomo) nella legislazione interna, con la conseguenza che è alla stessa Comunità internazionale che sta di controllare se la richiesta sia stata correttamente soddisfatta.

⁵⁶ Salvo a verificarne la possibilità di agire, sia da parte della Comunità internazionale che da parte degli stati *uti universi*. Benché l'ipotesi non sia frequente, non manca la possibilità di definire la legittimità di vere e proprie "contromisure" (individualmente o collettivamente gestite) in materia di violazioni dei diritti dell'uomo. V. anche TAMS C., *Enforcing obligations erga omnes in International Law*, Cambridge (Un. Press) 2005, p. 233 e *passim*.

⁵⁷ Pur se una sorta di "effetto di reciprocità" può essere determinato dall'utilizzazione dell'istituto della protezione diplomatica. Non a caso si parla di «human rights of aliens», ad es. nella sentenza *Le Grand: Le Grand (Germany v. United States of America)*, *Judgment, I. C. J. Rc.ports 2001*, p. 466, § 75, ma v. anche il complesso caso *United States, Petitioner V. Humberto Alvarez-Machain*, 504 U.S. 655, ecc.

⁵⁸ Come noto, peraltro, un effetto di reciprocità, può essere indotto anche dal fatto che in determinate circostanze la pretesa al rispetto di un certo standard minimo di diritti dell'uomo sia legata alla pretesa di applicazione di un trattato. È

Del resto, anche negli ordinamenti giuridici statali più complessi ed evoluti, talune aspirazioni difficilmente possono trovare immediata soddisfazione, fin tanto che le necessarie strutture non siano state messe in funzione o create *tout court* dallo stato. Ai cittadini, talvolta, è solo aperta la possibilità di far valere le proprie pretese direttamente verso lo stato, almeno in termini di risarcimento del danno.

Va, infine, aggiunto che i diritti dell'uomo, specie così come indicati nelle convenzioni in materia, sono sempre diritti concreti e attuali. Quasi mai, nelle convenzioni si fanno affermazioni di carattere politico o filosofico. Non si afferma ad esempio e genericamente, la libertà di cambiare religione, ma la libertà di sceglierla⁵⁹, così come non si afferma il diritto alla democrazia, ma se ne affermano le caratteristiche⁶⁰. In compenso, ciascuno stato deve realizzare quei diritti concreti e, cosa importante al di sopra di tutto, la Comunità internazionale si riserva di controllare, per valutarne l'effettiva realizzazione e per agire affinché vengano realizzati in maniera coerente, indipendentemente dalla formula filosofica o politica utilizzabile per definire il sistema voluto dalle norme in materia⁶¹.

il caso della ben nota advisory opinion CIG, *Interpretation of Peace treaties with Bulgaria Hungary and Romania*, 30.3.1950, in CIG, *Reports of Judgements and Advisory Opinions*, 1950, p. 72 ss. (p. 9 ss. dell'opinione: <http://www.icj-cij.org/docket/files/8/1863.pdf>).

⁵⁹ Non va dimenticato, peraltro, che l'art. 9.1 (frutto del Protocollo 11) della Convenzione europea, definisce la libertà religiosa proprio con questa formula un po' complessa e per molti versi ridondante: «1 Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; *this right includes freedom to change his religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance*». Una disposizione analoga (art. 12) si trova anche nella Convenzione interamericana. Quanto poi, quella disposizione, corrisponda a talune concitate e affannose pretese a ottenere che *nessun* simbolo religioso sia esposto sulle persone, sarà interessante vedere.

⁶⁰ Anzi, non mancano casi in cui esplicitamente si esclude che la stessa democrazia rappresentativa, come sistema, sia un obbligo internazionale e comunque legato ai diritti dell'uomo: v. ad es. CIG, *Case Concerning Military And Paramilitary Activities In And Against Nicaragua* (Nicaragua V. United States Of America) Merits Judgment 27.06.1986, § 263: «... However the régime in Nicaragua be defined, adherence by a State to any particular doctrine does not constitute a violation of customary international law; to hold otherwise would make nonsense of the fundamental principle of State sovereignty on which the whole of international law rests, and the freedom of choice of the political, social, economic and cultural system of a State».

⁶¹ Già in passato, nel mio volume sulla *Autodeterminazione dei popoli*, avevo fatto rilevare come la Comunità internazionale non si preoccupi (se non di recente e sotto l'influenza di evidenti pressioni di carattere politico) di pretendere da parte degli stati il rispetto dei principi "democratici", ma, più semplicemente e assai più concretamente, che si assicurino, in ogni comunità, la perfetta corrispondenza tra la volontà *effettiva* della popolazione e il comportamento dei rispettivi governi. È, poi, alla Comunità internazionale stessa che spetta di *accertare di volta in volta* e di *garantire* che quella corrispondenza vi sia, valutando autonomamente se quel principio sia stato rispettato nel caso concreto: la presenza o meno di un meccanismo (quale quello elettorale a suffragio diretto e segreto) presuntivamente definito democratico, non è *di per sé* sufficiente per definire quel regime come corrispondente alle esigenze indicate. Del resto, parlare di un sistema di gestione dello stato, come appunto la democrazia, come un obbligo in sé, avrebbe per effetto di trasformare quel determinato sistema (e nelle affermazioni più rozze, addirittura solo o quasi il fatto di permettere di votare, basterebbe citare al proposito il ben noto *National Security Strategy of the United States of America*, Washington 2006, p. 31 ss.) in un qualcosa di non modificabile, come se non fosse (più) concepibile che altre forme politiche e filosofiche si affermino nella storia del mondo! Spesso, infatti, certe affermazioni sono più espressione di imposizione che di attenzione agli interessi collettivi.

6. La valenza “specifica” dei diritti dell’uomo e il superamento dell’idea dei diritti dell’uomo regionali.

Per concludere il quadro generale del sistema che desidero descrivere e prima di passare alla sua articolazione, giunge a questo punto opportuno un breve ritorno al tema, ricorrente in dottrina, della regionalizzazione: sull’idea, cioè, che esistano (e siano magari anche auspicabili) sistemi o cataloghi di diritti dell’uomo regionali, diversi. Ora, se è indubbio che di convenzioni “regionali” ne esistano varie (tenuto conto che di diritti dell’uomo non si parla solo nelle convenzioni esplicitamente rivolte al tema), e che le varie convenzioni abbiano accenti diversi nei contenuti, legate come sono alle specifiche realtà culturali in cui vengono redatte, è assolutamente evidente che non si può concepire un regime dei diritti dell’uomo (inteso come elencazione di prerogative e diritti specifici) differenziato da regione a regione, fatte salve le eventuali situazioni o esigenze particolari, che però sono legate a fenomeni e convinzioni di natura culturale ⁶². Ciò non solo perché ovviamente sarebbe assurdo pensare che, ad esempio, la tortura sia vietata in Africa e non in Europa ⁶³, ma principalmente perché non si deve dimenticare che i diritti dell’uomo sono parte integrante del diritto internazionale, che è l’ordinamento giuridico che regola e gestisce la Comunità internazionale, che è una e una sola e, pertanto, unitaria ⁶⁴.

Quello che, invece, emerge con chiarezza, anche solo dalla breve analisi che precede, è che le situazioni specifiche delle singole regioni della terra, fanno sì che in certi posti sia necessario prevedere e regolamentare certi determinati diritti o accentuarne certi aspetti, che altrove non occorre più regolamentare in maniera esaustiva, quando addirittura non si abbia il caso del superamento di certi diritti, in quanto soddisfatti altrimenti o, se si preferisce, con strumenti più sofisticati ⁶⁵.

⁶² Sul punto, con particolare riferimento al regionalismo americano, v. ampiamente DI STASI A., *Il sistema americano dei diritti umani: circolazione e mutamento di una International Legal Tradition*, Torino (Giappichelli) 2004, specialmente pagg. 64 ss.

⁶³ Anche se non è mancato chi lo abbia sostenuto, come noto. Cfr. per un resoconto in materia, STRAUSS, *Torture*, in *NYL School L Review*, 2003-2004, p. 216, e v. anche *infra* nt. 66.

⁶⁴ Non va sottovalutato il fatto per cui anche nella *Dichiarazione* di Vienna del 1993 (UN Doc. A/(CONF/157/23) si afferma esplicitamente: «5. All human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated. The international community must treat human rights globally in a fair and equal manner.....8. Democracy, development and respect for human rights and fundamental freedoms are interdependent and mutually reinforcing...» mentre: « 37. Regional arrangements play a fundamental role in *promoting and protecting human rights*. They should reinforce *universal human rights standards, as contained in international human rights instruments, and their protection*. The World Conference on Human Rights endorses efforts under way to strengthen these arrangements and to increase their effectiveness, *while at the same time stressing the importance of cooperation with the United Nations human rights activities.*» è difficile sottrarsi all’impressione, che in fin dei conti si dica quanto da me affermato, circa i rapporti tra le norme particolari e quelle generali; impressione rinforzata dal fatto che tutta la seconda parte della *Dichiarazione* è dedicata precisamente alla «Increased coordination on human rights within the United Nations system».

⁶⁵ Cfr. la *Dichiarazione* cit. alla nota precedente § 37: « ... The World Conference on Human Rights reiterates the need to consider the possibility of establishing regional and sub-regional arrangements for the promotion and protection of human rights where they do not already exist», dove le norme regionali sono viste come il mezzo per portare al

Beninteso, nulla osta a che in una “regione” si decida di garantire *maggiori* diritti di quanto usualmente avviene altrove. Ma, come vedremo tra poco, anche il solo fatto che le norme, benché “regionalizzate”, siano parte di un sistema unitario quale è quello dell’ordinamento internazionale, determina la conseguenza per cui le situazioni di maggiore garanzia finiscano per estendersi anche alle zone o ai gruppi umani meno protetti. Ciò che, invece, può certamente accadere (ma attiene più alla possibilità materiale di ottenere soddisfazione delle proprie aspirazioni, piuttosto che al catalogo dei diritti per dir così *materiali*) è che i meccanismi previsti in una certa convenzione, siano tali da assicurare all’individuo la possibilità concreta di fare valere le proprie aspirazioni in maniera diversa e più efficace di quanto accada altrove. Ma, almeno per lo più, (me lo si permetta, in questa fase della riflessione in materia) i diritti materiali specifici sono quelli, anche quando con espedienti vari si cerchi di aggirarne il significato. Emblematica, in questo senso, è la polemica nata intorno alle pratiche di tortura, negate dagli USA, per non parlare delle alquanto fantasiose definizioni destinate a sottrarre gli individui al controllo della legislazione comune, che progressivamente sembrano sempre più riconosciute come tali dalle stesse giurisdizioni statunitensi ⁶⁶.

E, inoltre, un altro punto va sottolineato per evitare di incorrere in un discorso sostanzialmente rituale, ma assai poco corrispondente alla realtà. Lo stesso concetto di regionalismo, infatti, tende ormai a perdere sempre di più di significato, nella misura in cui (una misura, sembrerebbe, sempre più ampia) ⁶⁷ l’identificazione che i popoli e le collettività

rispetto generalizzato dei diritti dell’uomo. Molto interessanti sono anche le *Guidelines* di cui alla A/RES/41/120, che afferma: «4: Invites Member States and United Nations Bodies to bear in mind the following guidelines ... *inter alia*: a.- *be consistent with the existing body of international human rights law.....*».

⁶⁶ Si evolve, certo, lo stesso concetto di tortura, per cui può bene accadere che in uno o più specifici ordinamenti giuridici (o magari anche ordini convenzionali) siano lette come tortura anche talune pene come la morte o l’ergastolo, per cui in determinate situazioni ne possano derivare le conseguenze corrispondenti. Sarà poi compito dell’interprete quello di vedere in che maniera certe norme specifiche influiscono sul contenuto della norma valida per tutti. V. sul punto anche *infra* § 11. **Le disposizioni regolatrici del sistema.** ss. Per una bibliografia in materia cfr. ad es.: ACKERMAN B., *Emergency Constitution*, in *Yale L J*, 2003-2004, p. 1029; ACKERMAN B., *This Is Not a War Response*, in *Yale J. Int’l L*, 2003-2004, p. 1871; DERSHOWITZ A., *Torture Warrant: A Response to Professor Strauss*, in *N. Y. L. Sch. L. Rev.*, 2003-2004, p. 275; DERSHOWITZ A., *Torture Warrant: A Response to Professor Strauss, The Center for Professional Values and Practice Symposium: Criminal Defense in the Age of Terrorism.*, in *NYL School L Review*, 2003-2004, p. 275; PAUST J., *Executive Plans and Authorizations to Violate International Law Concerning Treatment and Interrogation of Detainees*, in (http://www.columbia.edu/cu/jtl/Vol_43_3_files/Paust.pdf); STRAUSS M., *Torture*, cit.; BECKER J., *Legal War on Terrorism: Extending New York v. Quarles and the Departure from Enemy Combatant Designations*, in *DePaul L. Rev.*, 2003-2004, p. 831; GERAGHTY T., *Criminal-Enemy Distinction: Prosecuting a Limited War against Terrorism following the September 11, 2001 Terrorist Attacks*, in *McGeorge L. Rev.*, 2001-2002, p. 551; HARRIS G., *Terrorism, War and Justice: The Concept of the Unlawful Enemy Combatant*, in *Loy. L.A. Int’l & Comp. L. Rev.*, 2003-2004, p. 31; MCCORMICK E., *Enemy Aliens: Double Standards and Constitutional Freedoms in the War on Terrorism*, in *Conn. J. Int’l L*, 2003-2004, p.423; PERKINS J., *Habeas Corpus in the War against Terrorism Hamdi v. Rumsfeld and Citizen Enemy Combatants*, in *BYU J. Pub. L.*, 2004-2005, p. 437.

⁶⁷ Gli studi in materia di cd. conflitto di civiltà, ne sono una dimostrazione lampante, perfettamente confrontabile con la realtà anche di certe convenzioni internazionali, dove il riferimento di tipo culturale è addirittura dichiarato: basti pensare alla convenzione del Cairo sui diritti dell’uomo dell’islam. V. sul punto, anche il mio *Autodeterminazione dei popoli e successione*, cit., *passim*.

anche minuscole (ma principalmente lo stesso diritto internazionale e, comunque, parte consistente del movimento convenzionale in materia) definiscono di se stessi, non è più riferita né riferibile alla sola regione geografica in senso “tradizionale”, anzi ne prescinde ormai del tutto, *trasferendosi quell’identità sulla cultura, la religione, ecc.*, su quella, insomma, che oggi viene convenzionalmente definita *civiltà* ⁶⁸.

Sempre meno l’identificazione dei gruppi umani è, strettamente parlando, geografica ⁶⁹. La stessa convenzione europea ne è un esempio abbastanza evidente, se si pensa che ad essa fanno riferimento e sono legati paesi sempre meno geograficamente europei, ma sempre più “culturalmente”, starei per dire ideologicamente, legati, cioè, ad una (magari discutibile) tradizione europea, o, addirittura, interessati a farne parte (ad aderirvi con questo mezzo) pur essendone strutturalmente e storicamente assai lontani. La scelta di fare parte di un ambito (ormai non più) geografico è sempre più politica e addirittura emozionale, comunque, culturale.

Non credo, del resto, che sia utile chiudere gli occhi di fronte ad una realtà oggettiva, che vede, ad esempio, l’evidente volontà ⁷⁰ di coincidenza di interessi e di idee (anche determinata da una, vera o presunta, ostilità altrui) ⁷¹ in un “mondo islamico”, che ormai (anche convenzionalmente parlando se solo si pensa alla Carta del Cairo) geograficamente non ha nulla di regionale (per non parlare della totale assenza di contiguità), visto che si estende dall’estremo occidente africano all’estremo oriente asiatico, ma che ha fortissimo un senso di coesione, per certi versi addirittura *revansciste!* ⁷² Ma anche altrove la situazione non è molto diversa, se solo si pensi all’evidente e sempre più stridente contrasto, ai limiti di un vero e proprio confronto, tra il mondo sud e centroamericano e il resto del continente: un mondo che,

⁶⁸ Secondo le definizioni di HUNTINGTON S., *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, trad. it. di *The Clash of Civilization and the Remaking of World Order* (1996) Milano (Garzanti) 2003.

⁶⁹ Non solo con riferimento ai diritti dell’uomo, ma anche, ad es., con riferimento all’autodeterminazione dei popoli (come ho avuto occasione di mostrare nel mio *Autodeterminazione*, cit.), rispetto alla quale la stessa identificazione del popolo destinatario della garanzia è legata a fattori ormai non più etnici, quando addirittura non si possa giungere a parlare di una aspirazione espressa da gruppi identificabili per motivi culturali e per nulla geografici: v. il mio *Autodeterminazione dei popoli e successione di norme contrattuali: alle radici di un conflitto*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2005, p. 7 ss. e specialmente p. 55 ss.

⁷⁰ E parlo deliberatamente di “volontà”, per sottolineare che la coincidenza di culture è, in certi casi, ricercata deliberatamente, anche se, troppo spesso, in un’ottica difensiva.

⁷¹ O anche nella pretesa, di nuovo vera o presunta, di determinati comportamenti in maniera non rispettosa dell’autonomia (e quindi della pretesa all’eguaglianza) di altri. È inevitabile che in questa ottica vengano viste dai destinatari azioni (nel caso, magari, perfettamente ragionevoli, ma inevitabilmente viste come delle imposizioni) del tipo adottato nelle S/RES/1747, 1737 e 1696 con riferimento all’Iran.

⁷² Il che, sia detto del tutto incidentalmente, impone di riconsiderare a fondo il concetto di “popolo”, almeno ai fini dell’autodeterminazione, come già osservavo nel mio *Autodeterminazione dei popoli e successione*, cit., p. 34 ss. Ma rafforza anche la mia tesi, del resto non certamente isolata, per cui il popolo non dispone di soggettività giuridica internazionale per l’impossibilità di azionare i conseguenti diritti, mentre è e resta oggetto di una garanzia offerta dalla Comunità internazionale al popolo, di volta in volta identificato nella sua dimensione e, approssimativa, collocazione geografica. V. anche *infra* nt. 80

diviso magari anche al suo interno, sempre meno si trova in consonanza con il settentrione del continente.

Nemmeno, infine, va dimenticato che una parte consistente del mondo (specie “orientale”) non partecipa ad esperienze regionali in materia, pur essendo, almeno in parte, legato alle convenzioni universali.

Beninteso, anche questo è un discorso tutto da approfondire, ma sia anche qui consentito un brevissimo esempio, che può valere a chiarire il senso delle affermazioni che precedono e specialmente il modo in cui cerco di proporre l’interpretazione e la costruzione della descritta struttura dei diritti dell’uomo.

Come noto - sorvolando a fine esemplificativo sul fatto che taluni strumenti non sono ancora in vigore - il progetto di nuova Carta Araba dei diritti dell’uomo, all’art. 3, afferma l’eguaglianza tra uomo e donna, sia pure (con una affermazione alquanto imbarazzante) « dans le cadre de la *discrimination positive* instituée au profit de la femme par la charia islamique et les autres lois divines et par les législations et les instruments internationaux», ma gli stati parte della futura Carta, sono attualmente parte della Carta Araba del 1994, che all’art. 2, si limita a definire la parità dei sessi, mentre la cd. Carta del Cairo ⁷³ (che riguarda tutti i paesi islamici e non solo quelli arabi, dunque) all’art. 6 afferma, con una norma alquanto più complessa: «a) Woman is equal to man in human dignity, and has her own rights to enjoy as well as duties to perform, and has her own civil entity and financial independence, and the right to retain her name and lineage. (b) *The husband is responsible for the maintenance and welfare of the family*» ⁷⁴.

La domanda da porsi è quale sia, alla fine, il regime che si applica ad una donna in un paese che abbia sottoscritto le tre convenzioni e, magari, anche i Patti delle Nazioni Unite sui diritti dell’uomo e, perché no, la Carta africana ⁷⁵, specialmente nei rapporti con chi abbia sottoscritto solo una parte di quei documenti.

Ciò che cerco di dimostrare, nei paragrafi che seguono, è che, a conti fatti, la norma applicabile a tutti in ciascuno stato, sarà, nell’ordine: quella più favorevole ⁷⁶ e, in mancanza (o a parità di condizioni), quella contenuta in norme contrattuali a partecipazione più ampia ⁷⁷.

⁷³ Più precisamente: *Cairo Declaration on Human Rights in Islam*, 5.08.1990, adottata durante la 19° conferenza dei ministri degli esteri islamici al Cairo, tra il 31 Luglio il 5 Agosto 1990 (UN Doc. A/CONF.157/PC/62/Add.18, 1993).

⁷⁴ Un problema analogo, v.lo analizzato da NOVI C., *Le droit de l’Union Européenne et l’égalité entre femmes et hommes*, in CURTOTTI, NOVI, RIZZELLI (a cura di), *Donne, civiltà e sistemi giuridici*, Milano (Giuffrè) 2007, specialmente p. 397 s. e 417 ss.

⁷⁵ Che, all’art. 18.3, oltre a prevedere la eliminazione di ogni forma di discriminazione verso la donna, fa un esplicito riferimento alle *altre* convenzioni internazionali, *ma anche alle dichiarazioni* internazionali. Il riferimento agli atti di Organizzazioni internazionali, come le NU, appare troppo evidente per richiedere ulteriori considerazioni.

⁷⁶ *Infra* § 11.1. **L’art. 5 comune dei Patti delle NU sui diritti dell’uomo (1966).**

7. Diritti dell'uomo e autodeterminazione.

Merita di essere ricordato a questo punto, che, riproducendo in qualche maniera il principio espresso già nel famosissimo art. II della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789⁷⁸, ribadito nell'altrettanto famosa formula della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo⁷⁹, i Patti delle NU sui diritti dell'uomo, si aprano entrambi (art. 1, comune) con l'affermazione del "diritto" all'autodeterminazione⁸⁰.

L'enunciazione, apparentemente superflua e ridondante, di quella norma vale, a mio parere, ad indicare una cosa, tanto semplice quanto fondamentale: *non può* (per definizione) *esservi rispetto effettivo dei diritti dell'uomo se non vi è assoluto rispetto per l'autodeterminazione*, se, cioè, il processo di autodeterminazione non si sia regolarmente sviluppato e si continui a sviluppare in quanto si tratta di un processo permanente⁸¹. Anzi, a voler essere più precisi, si può affermare che, per definizione, non può esservi rispetto effettivo dei diritti dell'uomo, se non risultino assicurate (in permanenza, posta la natura procedimentale dell'autodeterminazione) le aspirazioni popolari in materia di autodeterminazione: indipendentemente sia dal modo di accertamento di quella volontà (realizzato, per intenderci, attraverso meccanismi di voto periodico o altro) sia dal regime politico ("democratico", o meno) vigente⁸².

⁷⁷ Cfr. *infra* § 11.2. **L'art. 30 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (1969).**

⁷⁸ Che adotta la formula famosa, oggi ancora spesso usata da taluni documenti specie dei paesi ex coloniali, del diritto alla resistenza all'oppressione: « Article II : Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression. » Questa formulazione è utilizzata anche nel Progetto di Nuova Carta Araba dei diritti dell'uomo, esattamente con le medesime parole.

⁷⁹ Co. 3 del *preambolo*: « *Whereas* it is essential, if man is not to be compelled to have recourse, as a last resort, to rebellion against tyranny and oppression, that human rights should be protected by the rule of law ».

⁸⁰ Sia consentito di ribadire in questa sede quanto già affermato ripetutamente in passato (ma v. anche *supra* nt. 72), circa il fatto che il termine "diritto" riferito all'autodeterminazione può considerarsi correttamente utilizzato solo con riferimento al diritto dei soggetti di diritto internazionale (innanzitutto, dunque, gli stati, ma non solo) di scegliere liberamente le proprie alleanze politiche, economiche e militari (diritto riconosciuto nell'Atto finale della CSCE, quella che ho chiamato "autodeterminazione esterna"). Viceversa, per quanto attiene all'autodeterminazione in senso tradizionale (volontà e conseguente eventuale lotta di un popolo per la realizzazione di uno stato autonomo, se del caso in unione con altri soggetti di diritto internazionale, ma con esclusione assoluta di un diritto alla secessione) e all'autodeterminazione interna (aspirazione permanente di un popolo alla realizzazione di un regime politico giuridico corrispondente alle proprie aspirazioni) è più corretto parlare di "garanzia" che la Comunità internazionale offre per la realizzazione di quei fini, legittimi e finché legittimi. Uso dunque il termine diritto, solo qui virgolettato, per semplice comodità di esposizione. Critica questa posizione il FERRAJOLI L., *Principia*, cit. p. 386 s., che utilizza una definizione perfettamente condivisibile («popolo è il soggetto collettivo formato da soggetti che hanno interessi comuni e sono titolari delle medesime modalità costituenti oppure, sulla base di regole tetiche, delle medesime aspettative costituite»), per poi dedurne, sulla base della riportata definizione, che sono soggetti di diritto internazionale. Il che può anche essere vero in termini astratti, ma il diritto internazionale è il "regno" dell'effettività, dove un soggetto c'è solo se è in grado di agire efficacemente e, *dunque*, validamente.

⁸¹ Così come ampiamente dimostrato nel già cit. mio *Autodeterminazione dei popoli*, p. 188 ss. e 268.

⁸² Del tutto non condivisibile, mi pare, l'analisi di FODELLA A., *La tutela dei diritti collettivi: popoli, minoranze, popoli indigeni*, in PINESCHI L. (a cura di), cit., p. 711 ss.

Un popolo sottomesso, ad esempio, ad un regime coloniale o ad una occupazione militare ⁸³, che ne limiti dunque grandemente la libertà, non può (per definizione) considerare realmente rispettati i diritti dell'uomo, se non altro perché quanto meno quello alla libertà di scelta del regime politico internazionale ne risulta conculcato, così come (ed è cosa, a mio parere di estrema importanza) un popolo il cui regime politico sia irrispettoso della sua libertà di scelta, non può considerarsi (di nuovo: per definizione) garantito effettivamente nelle sue aspettative al rispetto dei diritti dell'uomo.

La riproduzione delle su indicate norme internazionali in una loro articolata, benché sintetica, elencazione, è, del resto ormai chiaramente contenuta in quella sorta di *summa* del diritto internazionale vigente, che è la risoluzione delle NU sulle relazioni amichevoli tra gli stati, 2625 (XXV), che garantisce l'autodeterminazione (“interna” e “tradizionale”), ma che, unita all’Atto finale della Conferenza di Helsinki sulla sicurezza e la cooperazione in Europa, dove si afferma il principio per cui ad ogni stato deve essere riconosciuta la libertà di scelta delle proprie alleanze politiche economiche e militari ⁸⁴, garantendo anche l'autodeterminazione “esterna”, definisce una sorta di decalogo di norme inderogabili di diritto internazionale.

I predetti documenti, come noto, si concludono con una disposizione ormai standard: quella per cui nessuna norma di essi può essere intesa come destinata a derogare alle norme della Carta (secondo quanto affermato al suo art. 103), nella quale, peraltro, sia pure in maniera estremamente sintetica, quei principi sono espressi: nell’art. 1.2 dello Statuto ⁸⁵, dove si afferma che le relazioni amichevoli tra gli stati possono essere realizzate solo se e quando siano rispettati i principi dell’eguaglianza dei diritti dei popoli e dell’autodeterminazione, entrambi, perciò, strumentali alla pace. Come dire (e come in sintesi già aveva intuito la dichiarazione francese del 1789) che senza libertà (uso il termine in senso lato e quindi con riferimento agli ordinamenti interni e all’ordinamento internazionale) non possono esservi diritti dell'uomo effettivamente assicurati, ma, quel che conta di più, suscettibili di essere ritenuti dalla Comunità internazionale soddisfacenti: *per definizione*, in qualche modo. In quelle circostanze,

⁸³ O comunque ad un regime che non sia *originariamente* voluto e determinato oltre che condiviso da parte della popolazione. Tale dunque è il caso anche di regimi retti da governi fantoccio o da regimi non interamente autonomi nelle loro determinazioni, ma, specialmente, nella loro origine.

⁸⁴ E chi ricorda le sciagurate teorie in materia di sovranità limitata e di zone di influenza, può ben capire quanto ciò sia fondamentale per gli stati appartenenti ad entrambi i vecchi “blocchi” sovietico e statunitense, anche se ancora oggi pretese del genere sembrano ritornare.

⁸⁵ Che costituisce una consistente base normativa dell'intero sistema, v. LAUTERPACHT H., *Towards an International Bill of Rights*, in LAUTERPACHT E., *International Law being the Collected Papers of H. Lauterpacht*, Cambridge (Un. Press) 1977, p. 410 ss.

infatti, quei diritti si possono affermare e garantire sulla carta, ma senza l'una non vi sono, non possono, logicamente, esservi gli altri.

Già altrove, peraltro, avevo segnalato come quella pretesa di “eguaglianza dei popoli” (di cui al menzionato articolo 1.2 della Carta, sempre legato alla autodeterminazione, anche nei documenti citati) abbia un'implicazione estremamente pregnante ed evolutiva, che conduce alla affermazione per cui a tutti i popoli devono essere assicurati eguali diritti di carattere anzitutto interno ⁸⁶, visto, tra l'altro, che si parla di popoli e non di stati ⁸⁷. *Come dire che ogni regionalizzazione dei diritti dell'uomo, implica comunque almeno una robusta base comune, garantita dall'ordinamento internazionale*, espresso, nel caso, dalle NU.

In questo senso, mi pare, la costruzione dei diritti dell'uomo come un sistema integrato a livello universale, svolge, come vedremo tra poco e già accennato più sopra, una sua funzione positiva: assicura, a dir poco, l'obbligo internazionale di garantire a tutti i popoli eguali diritti, a cominciare da quelli umani, da rafforzare e approfondire a norma del § 3 del medesimo articolo 1 della Carta, non a caso separato dal precedente, che rappresenta pertanto una specificazione e integrazione dell'obbligo generale definito al numero precedente.

Il fatto per cui, a livello regionale vi siano strutture capaci di creare diritto “locale” e quindi anche diritti dell'uomo, è dunque soltanto un corollario dell'affermazione per cui i diritti dell'uomo sono parte integrante del diritto internazionale e, in quanto tali, sono universali anch'essi, specie se integrabili tra di loro. In questo senso un ruolo molto importante ha giocato e gioca la Corte Europea dei diritti dell'uomo, che ha contribuito a “costruire”, letteralmente, norme e principi in materia. Norme e principi (per quanto detto qui sopra e per quanto preciserò meglio più avanti) di natura universale, non validi solo in Europa, altrimenti perderebbe quella Corte gran parte dei suoi meriti, anche se materialmente la Corte può “imporne” il rispetto solo tra gli stati che hanno sottoscritto la relativa Convenzione.

Ma, se le cose stanno così, non è solo la Corte europea per i diritti dell'uomo, ma anche i tribunali interni degli stati (per non parlare della giurisprudenza di altre corti internazionali in materia di diritti dell'uomo e non solo) ⁸⁸ che in un rapporto sinergico e di interscambio continuo (come è sempre accaduto e sempre accade nel diritto internazionale) hanno tutti

⁸⁶ Quello « esterno » essendo garantito dall'autodeterminazione in generale e agli stati (o meglio ancora, ai soggetti di diritto internazionale), non ai popoli. Non è un caso che nella gran parte dei documenti internazionali le due esigenze sono sempre presentate in una endiadi inscindibile.

⁸⁷ Come curiosamente ritiene invece il KELSEN H., *The Law of the United Nations, A Critical Analysis of its Fundamental Problems*, London (Stevens) 1951, p. 17 ss.

⁸⁸ Basterebbe citare le ampie e ripetute considerazioni in merito della CIG nel parere consultivo *Legal Consequences of The Construction of A Wall in The Occupied Palestinian Territory*, in particolare §§ 102 ss. dove, tra l'altro, la Corte afferma, § 111: « In conclusion, the Court considers that the International Covenant on Civil and Political Rights is applicable in respect of acts done by a State in the exercise of its jurisdiction outside its own territory », come dire che non è possibile sottrarsi al valore universale di certe norme.

contribuito a creare diritto e in particolare a creare principi e *pratiche* in materia di diritti dell'uomo, anche attraverso la legislazione interna, come vedremo tra un momento ⁸⁹.

8. La struttura del sistema dei diritti dell'uomo.

Le osservazioni fin qui fatte, sono servite a mettere in luce gli elementi che inducono, a mio parere, a considerare la natura “sistemica” dei diritti dell'uomo. Mi sono infatti proposto di mostrare come i *singoli* diritti di cui i *singoli* individui sono titolari (sia pure, in molti casi, solo in maniera mediata) ⁹⁰ non possono essere visti come un puro e semplice elenco indifferenziato, poiché il collegamento logico giuridico che li lega fa sì che determinati diritti, pur non essendo definibili come subordinati ad altri in termini di rango ⁹¹, e pur essendo, quindi, *tutti e ciascuno* formalmente suscettibili di una pretesa attuale in ogni momento, in realtà *non possano essere legittimamente pretesi dai singoli nei confronti degli stati in cui agiscono*:

a.- fin tanto che non siano stati realizzati i diritti che a ciascuno di essi siano strumentali - dato che, per restare all'esempio che ci ha accompagnati dall'inizio, pretendere la scuola in una determinata situazione, può essere semplicemente e *giuridicamente* impraticabile in mancanza

⁸⁹ Per questo motivo, lo osservo solo incidentalmente, dispiace molto vedere che la Corte europea per i diritti dell'uomo, piuttosto di affermare con forza il proprio ruolo e la propria importanza, pretendendo sostegno maggiore da parte dei governi, vada alla ricerca di espedienti che ne riducano, burocratizzandone gli impegni, il lavoro come la discutibile norma del nuovo art. 27 all'entrata in vigore del Protocollo 14. Ma specialmente, duole vedere come la Corte, cerchi di affermare, accanto ad una pretesa alla prevalenza sul diritto interno (inutile e dannosa, dato che basta largamente la norma che impone agli stati di rispettare le sentenze della Corte europea per i diritti dell'uomo) una sorta di principio della “cosa giudicata”, che può condurre ad un congelamento della propria giurisprudenza, senza rendersi conto che, per questa via (e specialmente trasferendo agli stati la gestione di certi principi, come accaduto purtroppo per la norma sulla eccessiva durata dei processi) sclerotizza la propria stessa giurisprudenza, venendo meno al compito che le è stato attribuito dalla Convenzione. Tra l'altro, queste posizioni generano talvolta delle strane ed imbarazzanti disposizioni legislative (o proposte) come quella di cui al Disegno di Legge *Recante disposizioni in materia di revisione del processo a seguito di sentenza della Corte europea per i diritti dell'uomo*, il cui art. 2 dispone: «1. Quando riceve una sentenza di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione dell'articolo 6, paragrafo 3, della Convenzione medesima [solo in questo caso, dunque, di tutte le altre violazioni non ci si cura!], ai sensi dell'articolo 5, comma 3, lettera a-bis), della legge 23 agosto 1988, n. 400, e successive modificazioni, la Presidenza del Consiglio dei Ministri trasmette copia della decisione al Ministro della giustizia. 2. Il Ministero della giustizia, ricevuta la sentenza ai sensi del comma 1, ne dispone la traduzione in lingua italiana [sic!] e la inoltra al procuratore generale presso la Corte di cassazione». Questo disegno di legge, dovrebbe integrare la già molto discutibile, ma specialmente, inutile L. 9.1.2006 n. 12: *Disposizioni in materia di esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*, il cui art. 1 recita: «1. All'articolo 5, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, dopo la lettera a) è inserita la seguente: “a-bis) promuove gli adempimenti di competenza governativa conseguenti alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo emanate nei confronti dello Stato italiano; comunica tempestivamente alle Camere le medesime pronunce ai fini dell'esame da parte delle competenti Commissioni parlamentari permanenti e presenta annualmente al Parlamento una relazione sullo stato di esecuzione delle suddette pronunce» Per qualche altra considerazione proprio su questo tema, v. il mio *Corte europea dei diritti dell'uomo e estradizione italiana*, in www.europeanrights.eu.

⁹⁰ *Infra*, § 10. **Per la ricostruzione di una gerarchia funzionale delle norme in materia di diritti dell'uomo.**

⁹¹ *Infra*, §§ 4. **La logica della struttura dei diritti dell'uomo come risultante dalle ipotesi fin qui fatte e il problema della responsabilità s.**

della preliminare soddisfazione di altri diritti e quindi, se del caso, delle relative strutture - per cui quei diritti, nello stato in cui si trovano, possono, e a mio parere devono, definirsi come *giuridicamente inesigibili* così come

a.1.- inesigibili possono risultare quei diritti, rispetto ai quali situazioni locali *oggettive*, in presenza della soddisfazione adeguata del complesso dei diritti dell'uomo, ne sconsiglino la realizzazione;

b.- tanto più che, la natura particolare degli obblighi *contrattuali* in materia di diritti dell'uomo, assunti dagli stati sul piano internazionale, pur determinando, in caso di loro disapplicazione o violazione, la responsabilità dello stato stesso nei confronti (in senso lato) della Comunità internazionale ⁹², non crea di per sé le condizioni perché quei diritti siano concretamente esigibili all'interno dello stato:

i.- sia perché lo stato è obbligato internazionalmente alla realizzazione degli strumenti e delle strutture (giuridici e materiali, dunque) necessari alla soddisfazione di quei diritti, in mancanza della quale realizzazione il diritto resta inoperoso a causa del fatto che l'obbligo internazionale è, come rilevato prima, un obbligo di *facere* (responsabilità interne e internazionali, a parte),

ii.- sia perché in assenza della soddisfazione (sempre attraverso strumenti giuridici e materiali messi in opera dallo stato) di alcuni diritti ad esso preliminari, quelli da pretendere non risultano tecnicamente esigibili, quando addirittura

iii.- non risultino *giuridicamente* "superati" dalla presenza di altre esigenze altrimenti soddisfatte e giuridicamente valide, che ne rendano inutile, quando non addirittura ultronea, la concreta realizzazione.

A questo punto, dunque si deve porre il problema del contenuto esatto degli obblighi - esigibili o meno che siano i relativi diritti - effettivamente gravanti sugli stati in quanto detti obblighi risultano da un movimento convenzionale complesso e ad alta variabilità di partecipazione soggettiva, su cui più avanti e in particolare al § 11. **Le disposizioni regolatrici del sistema.**

Con un'ulteriore, fondamentale premessa: perché in effetti, differenze non marginali si determinano tra gli ordinamenti giuridici che, nel ratificare le norme convenzionali le trasformano (automaticamente o meno) in norme interne a tutti gli effetti e quelli in cui ciò non avviene. Nel primo caso, infatti, a prescindere dai meccanismi adottati dai vari ordinamenti, è indispensabile che le giurisdizioni e gli operatori giuridici nazionali tengano il debito conto del

⁹² Magari azionabile direttamente dagli individui che in quegli stati agiscano, e che in conseguenza *e a titolo strettamente individuale* ne derivano *risarcimenti*, ma non obblighi di *facere* in capo allo stato.

fatto che quelle norme internazionali *sono* norme di diritto interno a tutti gli effetti e vanno applicate tenendo conto del loro significato (e interpretazione) anche alla luce e nell'ambito del diritto internazionale.

Infatti, nella misura in cui l'obbligazione internazionale è assunta da parte dello stato ne deriva, delle due, l'una conseguenza:

a.- o lo stato "introduce" quelle norme (o meglio, il loro contenuto) ⁹³ nell'ordinamento interno, rendendole così norme a tutti gli effetti di diritto interno e

a.1.- qualora *non self-executing* ⁹⁴, assume l'obbligo, di diritto interno ⁹⁵ e non "solo" di diritto internazionale, di realizzarle in concreto ⁹⁶, oppure

b.- ne trascura la trasformazione e pertanto quelle disposizioni mantengono il proprio valore sul solo piano del diritto internazionale, dove, peraltro, la loro esecuzione può essere legittimamente pretesa, in termini di responsabilità internazionale, sia dagli altri soggetti (quando, ipotesi mi pare assai rara, ne sia verificabile una natura reciproca) sia dagli individui qualora essi siano ammessi ad una procedura che consenta di accertare la responsabilità dello stato e il conseguente eventuale risarcimento a vantaggio dell'individuo stesso, sia, infine, dalla collettività internazionale nei modi classici di quest'ultima: dalla Comunità internazionale «as a whole» ⁹⁷, insomma.

Tornerò brevemente su questa questione in conclusione, per illustrarne alcune possibili conseguenze "operative". Per ora, mi limito alla discussione del tema dal punto di vista strettamente internazionalistico; sotto il punto di vista, cioè, degli obblighi effettivi degli stati.

9. La compatibilità "necessaria" tra le norme convenzionali in materia.

Le varie disposizioni convenzionali in materia di diritti dell'uomo (ovviamente tutte, e non solo quelle esplicitamente intitolate all'argomento), dato che le norme di diritto internazionale generale sul punto sono valide per tutti i soggetti, vanno studiate non solo per il loro contenuto specifico, ma anche e preliminarmente, alla luce delle norme che regolano il coordinamento e

⁹³ *Supra* nt. 18.

⁹⁴ Tema di recente affrontato a fondo dalla giurisprudenza statunitense con riferimento, in particolare, all'applicabilità della IV Convenzione di Ginevra. V. ad es.: *In Re: Iraq And Afghanistan Detainees Litigation, United States District Court For The District Of Columbia*, 27.3.2007, 479 F. Supp. 2d 85.

⁹⁵ È appena il caso di ricordare come, nel diritto italiano, l'introduzione della fondamentale disposizione di cui al co. 1 dell'art. 117 Cost., renda la mancata o la non corretta realizzazione di quella norma costituzionalmente illegittima e comunque abiliti l'individuo a pretenderne l'esecuzione o, in mancanza, il corrispondente risarcimento del danno. Sul punto, cfr. anche le recenti sentenze Corte costituzionale [348/07](#) e [349/07](#), su cui v. ampiamente anche ZANGHÌ C., *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in <http://www.giurcost.org/studi/zanghi.htm>.

⁹⁶ Per cui quelle norme non possono essere considerate solo programmatiche, poiché capaci di determinare, all'interno, anche diritti veri e propri a vantaggio degli individui.

⁹⁷ Cfr. Draft articles on *Responsibility of States for internationally wrongful acts*, 2001, UN Doc. A/56/10, art. 48,b (e v. anche artt. 25.1,b, 33.1, 42,b).

la successione dei trattati, dato che, i vari accordi realizzati in materia, pur vertendo grosso modo sul medesimo oggetto, hanno, però, una partecipazione soggettiva non solo diversa e variata, ma notevolmente “intrecciata”. Molto spesso, infatti, uno stesso stato è parte di più convenzioni regionali o comunque particolari aventi ad oggetto questioni di diritti dell'uomo, magari a loro volta a partecipazione differenziata, per non parlare del fatto che in pratica tutti i soggetti sottoscrittori delle singole convenzioni sono anche parti degli accordi universali in materia ⁹⁸.

E, a dire il vero, nemmeno ciò è, a stretto rigore, sufficiente. In quanto i vari stati sono anche legati a strutture organiche più o meno forti, che emettono norme talvolta solo esortative, ma talvolta obbligatorie o almeno “consuetudinariamente” considerate tali, come la *Dichiarazione universale* e non solo. Tanto più, infine, che, l'art. 103 della Carta delle NU (non a caso richiamato anche nei Patti delle Nazioni Unite sui diritti dell'uomo) esplicitamente impone ai soggetti la prevalenza delle norme statutarie indistintamente ⁹⁹ su tutte le altre norme pattizie di ogni singolo stato membro ¹⁰⁰.

Quello appena descritto è, per dir così, il quadro normativo all'interno del quale tutto il discorso sulla compatibilità, il collegamento, la graduazione e l'efficacia delle norme di diritto internazionale in materia di diritti dell'uomo va condotto ¹⁰¹. In questo quadro, ovviamente, è particolarmente importante analizzare i rapporti reciproci tra le norme contrattuali sul punto, utilizzando, anche, le disposizioni vigenti in materia di coordinamento tra norme contrattuali, per collocare le singole disposizioni (e dunque per conseguenza i singoli trattati) in un sistema coordinato che ne consenta l'applicazione senza determinare violazioni di nessuna di esse, quando pure siano tra di loro contraddittorie: ¹⁰² nel rispetto, insomma, di quelle regole che, da

⁹⁸ Basterebbe, per fare solo un esempio particolarmente evidente, pensare agli stati parte della Carta araba sui diritti dell'uomo, *alcuni* dei quali sono anche parte della corrispondente Carta africana (a partecipazione di molti altri soggetti), e *tutti* i quali sono, a loro volta, parte della Convenzione del Cairo, a sua volta, a partecipazione più larga e, per di più, tutti o quasi sono a loro volta parti dei Patti delle NU sui diritti dell'uomo.

⁹⁹ E già solo questo sarebbe di grandissima rilevanza, se si tiene conto di quanto detto più sopra con riferimento alla intenzione dello Statuto delle NU di garantire l'*eguaglianza dei diritti dei popoli*. Una affermazione simile non può non avere come conseguenza, sia pure minimale, quella per cui la mancata assicurazione di un diritto dell'uomo in una convenzione regionale non vorrebbe necessariamente dire che quel diritto specifico è interdetto o negato ai popoli di quegli stati. Più ampiamente v. *supra* § 7. **Diritti dell'uomo e autodeterminazione.**

¹⁰⁰ Sorvolo in questo lavoro sull'altro problema, più squisitamente di diritto interno, relativo al modo in cui le varie norme possono essere trasformate in diritto interno (in particolare in quello italiano), grazie ai vari meccanismi costituzionali previsti, che influiscono sul “rango” delle norme immesse a seconda della provenienza delle norme internazionali e che non si possono ricondurre tutti e solo all'art. 10 Costituzione (se non altro per il recentemente novellato co. 1 dell'art. 117) come sembra ritenere il FERRAJOLI L., op. cit., p. 740..

¹⁰¹ *Infra*, §§ 10. **Per la ricostruzione di una gerarchia funzionale delle norme in materia di diritti dell'uomo.** ss.

¹⁰² Cosa, in fin dei conti, non poi tanto nuova, se si pensa, ad es., alla giurisprudenza comunitaria, fin dal caso Nold (C-4/73, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung contre Commission des Communautés européennes*), dove la Corte afferma: «13 attendu que , ainsi que la cour l ' a déjà affirmé, les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont elle assure le respect ; qu' en assurant la sauvegarde de ces droits , la cour est tenue de

un lato, definiscono la non contraddittorietà delle specifiche disposizioni contrattuali con quelle delle NU e strumenti ad esse collegati e da esse derivati¹⁰³ e, dall'altro, affermano il divieto di usare la propria legislazione interna e le stesse norme contrattuali internazionali, per limitarne la validità o derogarvi. Occorre, cioè in altre parole, ricostruire i contorni precisi di una struttura che, permetta di accertare il contenuto effettivo degli obblighi incombenti sui vari soggetti¹⁰⁴.

Per restare al sistema strettamente pattizio, nel caso specifico dei diritti dell'uomo, la regola comune del diritto dei trattati, che vuole che un soggetto sia obbligato nei confronti di un altro con il quale abbia un accordo senza che ciò gli impedisca di essere vincolato sul medesimo oggetto ad altro obbligo con altro soggetto sottoscrittore di un altro trattato, pur essendo e restando formalmente valida, in realtà non può trovare applicazione; anzi, potrebbe risultare addirittura assurda (per non dire semplicemente: inefficace *tout court*), specie tenuto conto del fatto che allo stato compete di rendere concreti nel suo ordinamento interno gli obblighi in materia di diritti dell'uomo mediante la propria legislazione. Se, infatti per esempio, uno stato sottoscrive, e lo applichi, un accordo in cui si obblighi, che so, a consentire libertà di scelta religiosa sul proprio territorio, non può evidentemente onorarne un altro in cui si impegni a non consentire quella libertà di scelta o a limitarla. Proprio la menzionata natura "programmatica" di quelle norme, il fatto più precisamente per il quale quelle norme sono, per lo più, applicate e rispettate correttamente da un soggetto *solo* se e quando siano rese in norme interne, può puramente e semplicemente impedire di applicare la ricordata regola corrente in materia di coordinamento tra norme contrattuali, con le conseguenze che vedremo tra poco¹⁰⁵.

E dunque, solo costruendo i diritti dell'uomo come un sistema organico, composto da norme universali e particolari, che, però *tutte* devono trovare composizione in un insieme ordinato, è possibile eliminare le antinomie (e le "eccezioni") tra le varie disposizioni contrattuali e le

s' inspirer des traditions constitutionnelles communes aux états membres et ne saurait, des lors, admettre des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus et garantis par les constitutions de ces états ; que les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les états membres ont coopéré ou adhère peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire ; que c'est à la lumière de ces principes que doivent être appréciés les griefs soulevés par la requérante».

¹⁰³ Non contraddizione da realizzare in concreto mediante l'interpretazione delle norme, che, però in questo senso, è per così dire "guidata" da questa esigenza.

¹⁰⁴ Su ciò § 11.2. **L'art. 30 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (1969).**

¹⁰⁵ Ma, del resto, la stessa logica deve valere per altre situazioni in tutto analoghe. In particolare, ad esempio, per quelle determinate dalla sottoscrizione da parte di vari stati dello Statuto della Corte Penale Internazionale e contemporaneamente dalla sottoscrizione di accordi bilaterali con cui si assumono obblighi assolutamente confliggenti. La logica, come dicevo, vale per tutte le situazioni, e dunque sarei propenso a suggerire, anche in questo caso, la invalidità dell'accordo bilaterale e anche, laddove gli ordinamenti interni degli stati interessati lo consentissero, la loro disapplicazione *tout court*, per non parlare della certa non opponibilità del trattato bilaterale in deroga agli altri sottoscrittori dello Statuto della Corte Penale Internazionale, se non altro in ragione dell'art. 26 Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati e forse anche dell'art. 35 ss. della medesima Convenzione: buona fede e illiceità di effetti per i terzi.

ambiguità cui mi riferivo più sopra, ma specialmente solo così è possibile sapere quali norme, e con quali contenuti, devono i singoli soggetti applicare e, per conseguenza, quali gli individui possano legittimamente pretendere che vengano applicate.

10. Per la ricostruzione di una gerarchia funzionale delle norme in materia di diritti dell'uomo.

Sebbene, dunque, non si possa parlare di gerarchia in senso formale tra le menzionate norme, l'effetto della convivenza di regole di diversa provenienza, ma indirizzate a stati in qualche modo legati solo ad alcune di esse, impone di analizzare quel complesso di norme come parte di un sistema, non preordinato, ma tale che, in ultima analisi, le norme si organizzano (quasi naturalmente) in un sistema gerarchico, il cui effetto non è però quello della prevalenza formale (e quindi predeterminata una volta per tutte) dell'una norma sull'altra o dell'un gruppo di norme sull'altro, ma della creazione, appunto, di un sistema unitario nel quale si articola un meccanismo che permette, di volta in volta, di sapere, oltre quanto già sottolineato con riferimento alla inesigibilità di quelle pretese i cui diritti strumentali non risultino realizzati, quali norme "locali" (cioè, contenute in accordi a partecipazione ristretta di stati) e che siano divergenti da quelle contenute in accordi a partecipazione più vasta (quelli universali, ad esempio) siano semplicemente inapplicabili a vantaggio di queste ultime e quali invece restino applicabili e efficaci. Ma, come già rilevato, anche con l'effetto ulteriore per cui le norme "migliori" (più garantiste, cioè) *tendono* a sostituirsi a quelle meno garantiste ¹⁰⁶ *indipendentemente* dal fatto che trovino posto in accordi universali o regionali o perfino, in norme interne dei soggetti partecipi del sistema.

E dunque, essendo il risultato quello per cui alcune norme prevalgono necessariamente (benché occasionalmente) su altre, e talune si rivelano addirittura inapplicabili o "semplicemente" inesigibili, si determina una sorta di effetto gerarchico, che, piuttosto che essere definito in termini di gerarchia in senso tradizionale è definibile come una vera e propria *gerarchia funzionale* tra di esse, determinata dal fatto *oggettivo* per il quale talune norme possono trovare applicazione solo se ed in quanto,

i.- non trovino altre norme, che in quanto "migliori" o più generalmente condivise prevalgano sulle disposizioni specifiche da applicare (che dunque ne risultano modificate, di fatto e per via di interpretazione, nel contenuto),

¹⁰⁶ Un primo tentativo di analizzare la questione sotto questo profilo, v.lo nel mio *Autodeterminazione dei popoli e successione*, cit. p. 7 ss. E anche in commento agli artt. 1 e 2 della Nuova Carta Araba dei diritti dell'uomo, nel volume collettaneo a cura di ZANGHÌ C., BEN ACHOUR R., *La nouvelle Charte Arabe des droits de l'homme*, Torino (Giappichelli) 2005. V. *infra* § 11. **Le disposizioni regolatrici del sistema.**

ii.- altre norme (strumentali) siano già state, a loro volta, applicate e realizzate, con la conseguenza, ampiamente discussa sopra, per la quale non solo di una certa norma non sia legittimo pretendere l'applicazione in quanto già "superata" da altre, ma anche che non sia lecito agire per la realizzazione di una disposizione fin tanto che quella strumentale (in questo senso gerarchicamente superiore, ma, appunto, solo in senso funzionale) non sia stata realizzata, per cui, infine, iii.- il contenuto effettivo di alcune norme si determina, nel modo descritto, in maniera difforme dal suo contenuto letterale, grazie ad una corretta interpretazione di esse.

Detta gerarchia funzionale, ovviamente e diversamente dalla gerarchia fondata sul rango delle norme, non è suscettibile di essere costruita una volta e per tutte e meno che mai in base alla "qualità intrinseca" delle norme, ma, norma per norma, in funzione delle disposizioni da applicare di volta in volta.

10.1. Il contenuto delle norme in materia di diritti dell'uomo e i rapporti tra di esse.

Posto che, per quanto attiene alla definizione della posizione rispettiva delle norme contrattuali, rinvio per un maggiore approfondimento ai paragrafi successivi, sintetizzo qui di seguito le conclusioni fin qui raggiunte in materia di rapporti (benché non di gerarchia) tra le varie norme in materia di diritti dell'uomo.

Come è ben noto, in materia di diritti dell'uomo, non molto diversamente da altre materie nel diritto internazionale benché con certe caratteristiche aggiuntive, si danno, *sia*,

a.- norme di diritto internazionale generale: di formazione, per così dire, "tradizionale"¹⁰⁷ oppure,

a.1.- scaturenti da accordi internazionali, e in particolare assai di frequente, da atti di Organizzazioni internazionali (risoluzioni, decisioni, dichiarazioni ecc.: dunque formalmente norme di terzo grado), come ad esempio, per venire al tema che ci occupa, la Dichiarazione universale sui diritti dell'uomo, *sia infine*,

b.- norme di diritto, strettamente parlando, convenzionale¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Derivanti cioè dalla prassi o dalla consuetudine o dalla loro presenza in ordinamenti giuridici interni (*ex art. 38 dello Statuto CIG, per riferirmi al caso più noto*), ecc. Basti citare la ben nota sentenza CIG, *Reservations to the Convention on the Prevention And Punishment Of The Crime of Genocide*, Advisory Opinion Of May 28th, 1951, in *Reports of Judgments, Advisory Opinions And Orders*, 1951, p. 23: «The first consequence arising from this conception is that the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation. A second consequence is the universal character both of the condemnation of genocide and of the Co-operation required "in order to liberate mankind from such an odious scourge" (Preamble to the Convention). The Genocide Convention was therefore intended by the General Assembly and by the contracting parties to be definitely universal in scope». V. ne un esempio, proprio nelle parole della Corte nel caso del Belgio, cit. *supra* nt. 37. La tecnica, del resto tende sempre più a diffondersi e un esempio alquanto sofisticato è dato dall'art. 6 trattato Ue (versione Lisbona), che riproduce, sia pure in forma meno chiara, l'art. I-9.3 del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa *infra* nt. 150.

Le prime (quelle di cui in *a*), molto spesso, oltre a determinare, qualora non self-executing¹⁰⁹, la consueta necessità da parte degli stati di renderle efficaci nei propri ordinamenti interni, pena la violazione del diritto internazionale e la conseguente responsabilità, possono anche definire (e infatti per lo più definiscono, specie nella materia che ci occupa) piuttosto che obblighi di *facere* in capo al soggetto di diritto internazionale, direttamente diritti ed obblighi per gli individui all'interno degli stati¹¹⁰, nella misura in cui quei principi siano direttamente applicabili e quindi applicati come tali, anche se non presenti nella legislazione positiva degli stati fino a quel momento¹¹¹.

Le norme del tipo di cui sopra in *a.1*, nel caso dei diritti dell'uomo, sono, come accennato, in particolare quelle derivate dalla Dichiarazione universale sui diritti dell'uomo¹¹² e da quella sui diritti del bambino¹¹³, ecc.¹¹⁴, che indicano, senza mediazioni, gli elenchi dei diritti umani in capo a tutti gli individui. I quali dunque, ciascuno nel proprio o in altro ordinamento, sono

¹⁰⁸ Cfr. per tutti, ZANGHÌ C., *La protezione*, cit., p. 86 ss. V. anche, con particolare riferimento al sistema interamericano, le considerazioni di DI STASI, *Il sistema americano*, cit. p. 170 ss.

¹⁰⁹ Con tutte le articolazioni che questo concetto comporta. V. per tutti, BERNARDINI A., *Formazione*, cit., p. 92 s., che però, mi sembra, ipotizza che, qualora la norma generale di diritto internazionale non sia self-executing, per renderla norma interna non vi sia altro modo che seguire il «procedimento ordinario» di trasformazione per l'intera norma, mentre, a mio parere, si determina solo l'obbligo di integrazione normativa, *ma il principio giuridico è senz'altro immediatamente parte del nostro ordinamento*, come già sottolineato nel mio *Autodeterminazione dei popoli e successione*, cit., loc. cit. Il senso della disposizione, peraltro, mi sembra abbastanza inequivoco nella interpretazione da me accolta, e trova conferma in una lettura della discussione in sede di Assemblea Costituente (Commissione per la Costituzione, Adunanza Plenaria 24.1.1947, p. 165) dove sono riportate le parole del relatore PERASSI T., che afferma: «L'articolo ... tiene l'ordinamento giuridico in un equilibrio *continuo e perfetto* col diritto internazionale generale ...». Per un'analisi dei problemi che possono derivare da una mancata tempestiva introduzione delle norme necessarie all'esecuzione di principi giuridici introdotti nell'ordinamento italiano (sia pure con riferimento a casi di norme derivanti da accordo, ma la questione non cambia) quali talune fattispecie penali, v. il mio *Terrorismo, conflitti interni*, cit., loc. cit. La differenza non è di poco conto, perché, come vedremo tra poco, se si accetti questa mia tesi, ne consegue, tra l'altro, una *legittima pretesa dell'individuo* ad ottenere dallo stato l'esecuzione (e la *corretta* esecuzione) della norma internazionale, o quanto meno l'esecuzione in forma specifica nei suoi confronti, *infra* nt. 133.

¹¹⁰ Per spiegarmi con un esempio, su cui anche più avanti nel testo: posto che il contenuto della Dichiarazione universale sui diritti dell'uomo sia (divenuto) norma di diritto internazionale generale, il contenuto dell'art. 5 della Dichiarazione stessa, che impone di non sottoporre alcuno a tortura, non richiede, per determinare i suoi effetti, alcun atto normativo ulteriore e quindi potrebbe essere (a mio parere, è) immediatamente applicabile ed esigibile. Viceversa, sempre nella stessa ipotesi, il contenuto dell'art. 6 della stessa Dichiarazione, se pone, come detto prima, certamente il principio del riconoscimento della personalità giuridica degli individui negli ordinamenti interni, necessariamente richiede delle norme integrative per essere effettivamente applicato. All'individuo, perciò, spetterebbe anche (o almeno) il diritto di pretendere dallo stato la realizzazione concreta di quel diritto.

¹¹¹ Un caso, potrebbe essere quello delle norme richiamate a fondamento dei processi di Norimberga, a stretto rigore non contenute in norme interne tedesche: v. *London Agreement of August 8th 1945*, e *Charter of the International Military Tribunal*, 8.8.1945 art. 6, stipulato sulla base del precedente accordo di Mosca del 30.10.1943, v.li in <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/imtconst.htm>.

¹¹² Cit. *supra* nt.12.

¹¹³ A/RES/1386 (XIV), 20.11.1959, che elenca i diritti, divisi in dieci Principi, tutti riportati con la formula: « The child shall....».

¹¹⁴ È il caso, ed es. anche delle disposizioni della stessa Risoluzione sulle relazioni amichevoli tra gli stati (2625-XXV), o anche di alcuni atti e dichiarazioni e quant'altro derivati dalla Conferenza sulla sicurezza e la cooperazione in Europa e dalla conseguente OSCE, ecc., che molto spesso definiscono direttamente diritti degli individui; come potrebbe essere, per esempio, la norma che vieta di praticare la tortura, attraverso l'affermazione del *diritto* dell'individuo a non esservi sottoposto. A stretto rigore, una norma del genere non obbliga lo stato a legiferare in merito, mentre non solo lo obbliga a comportarsi in maniera coerente alla norma, ma, e specialmente, abilita l'individuo a pretendere dallo stato il rispetto di quella norma, a prescindere dalla sua trasformazione in norma interna.

titolari del diritto di pretenderne immediatamente e direttamente il riconoscimento e l'applicazione. Insomma, per fare un esempio, una volta affermato il principio del divieto di tortura (posto che non sia già una norma di diritto internazionale generale), benché quel principio sia contenuto in una Dichiarazione, ad esempio delle NU, che stimoli la formazione di una norma generale di diritto internazionale corrispondente, può essere direttamente preteso dagli individui in tutti gli stati, sottoscrittori o meno della Convenzione da cui, in via mediata, scaturisce¹¹⁵. Sia pure in via teorica, dato che dipenderà poi dalla struttura degli ordinamenti giuridici dei singoli stati, se, in concreto un'azione sarà possibile da parte dell'individuo. Che inoltre vi possa o meno essere anche una responsabilità dello stato sul piano del diritto internazionale è problema ulteriore qui non rilevante.

Sempre per restare ai diritti dell'uomo, le norme convenzionali per lo più determinano la necessità per gli stati sottoscrittori di adottare gli strumenti legislativi o altro necessari per rendere efficaci ed effettive quelle norme nei rispettivi ordinamenti giuridici: quel procedimento che noi conosciamo come ordine di esecuzione, insomma. Ordine di esecuzione del trattato in quanto tale, come vedremo fra un momento, perché in qualche caso (e in particolare in quello che ci occupa) la cosa risulta essere alquanto più complessa.

10.2. Una classificazione delle norme in materia di diritti dell'uomo, sotto il profilo della loro trasformazione in norme di diritto interno.

E infatti: *in primo luogo*, non è un caso che, molto spesso, quelle norme siano definite (e ritenute) dalle giurisdizioni nazionali (e tra di esse si distingue la giurisprudenza italiana), “norme programmatiche”, nel senso che si riconosce loro una valenza più indicativa di tendenze (o addirittura di esortazioni) che di obblighi concreti: norme insomma, più simili a raccomandazioni che a decisioni vincolanti, al massimo, simili alle direttive dell'UE.

È nota la discussione in Italia sulla valenza delle norme provenienti dalla Convenzione europea sui diritti dell'uomo e le libertà fondamentali, orientativamente risolta a favore della tesi per cui le norme ivi fissate vanno rispettate comunque dallo stato, ragion per cui il cittadino, anche in assenza dei provvedimenti legislativi o amministrativi, eventualmente necessari può validamente, e con successo, ricorrere contro lo stato: sia all'interno che, esauriti i ricorsi interni, innanzi ad organismi internazionali. La storia infinita dei ricorsi per la

¹¹⁵ Né richiede o può richiedere di essere trasformato: la norma, infatti, è perfettamente self-executing e dunque applicabile senza ulteriori prescrizioni. Starà poi agli organi (giurisdizionali) interni di valutare se abbia trovato corretta applicazione ed analogamente starà agli organi internazionali di valutarne l'efficace realizzazione nella prassi degli stati interessati.

eccessiva durata dei processi, per non parlare della recentissima diatriba sulla contumacia, basterebbe da sola a dimostrare ampiamente quanto affermo ¹¹⁶.

A mio parere, infatti, contro la tesi della natura programmatica delle norme della Convenzione europea sui diritti dell'uomo e le libertà fondamentali, osta del tutto l'art. 1 della Convenzione stessa ¹¹⁷, che, da un lato, è una norma che, non chiede agli stati di organizzare determinati diritti (e le corrispondenti garanzie) ma li istituisce direttamente in capo ai sudditi, sia pure (per non addentrarci in un altro campo molto vasto) affidando alla sola Corte europea dei diritti dell'uomo il compito di sanzionarne le violazioni ¹¹⁸. Dall'altro, ciò non toglie che lo stato debba necessariamente andare oltre il semplice ordine di esecuzione se non vuole incorrere nella responsabilità internazionale e in quella interna laddove, appunto, la prescrizione richieda di fatto interventi dello stato (di *facere*) per poter risultare effettivamente soddisfatta.

In secondo luogo (e qui la cosa appare più complessa), talvolta nelle convenzioni si indica anche ed esplicitamente un ulteriore obbligo, solo apparentemente del tutto ridondante rispetto al primo: quello di legiferare per *realizzare effettivamente i singoli diritti ivi previsti*, come ad es. accade all'art. 2.2 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici e all'art. 2.1 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici sociale e culturali ¹¹⁹, e anche, con una

¹¹⁶ Per tutti si veda, di recente, CARTABIA C, *La CEDU e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni, relazione introduttiva*, in BIN, BRUNELLI, PUGIOTTO, VERONESI (a cura di), *All'incrocio tra costituzione e CEDU: Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Atti del Seminario Ferrara, 9.3.2007, Torino (GIAPPICHELLI) 2007, p. 6 ss. e ivi ampi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

¹¹⁷ Che cito solo per completezza, trattandosi di norma di notorietà assoluta: «The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention».

¹¹⁸ Tipico in questo senso è il caso della cd. Legge Pinto (24.3.2001 n. 89), intervenuta per risolvere all'interno i problemi di risarcimento posti dalla eccessiva lunghezza dei processi, o quello della problematica in materia di contumacia, pure sollevata dalla CEDU, e egualmente risolta con una conseguente normativa interna, su cui v. per tutti MARATEA L., *Processo contumaciale e cooperazione europea in materia penale*, in <http://www.sioi.org/Sioi/Maratea.pdf> e GUARINO A. jr., *Il procedimento in contumacia nel confronto con gli ordinamenti di Gran Bretagna, Scozia, Spagna, Svizzera, Stati Uniti, Sud Africa ed Australia*, in <http://www.sioi.org/Sioi/guarino.pdf>.

¹¹⁹ Cfr. *International Covenant on Civil and Political Rights* (1966), art. 2.2: «Where not already provided for by existing legislative or other measures, each State Party to the present Covenant undertakes to take the necessary steps, in accordance with its constitutional processes and with the provisions of the present Covenant, to adopt such legislative or other measures as may be necessary to give effect to the rights recognized in the present Covenant», ma anche: «3. Each State Party to the present Covenant undertakes: (a) To ensure that any person whose rights or freedoms as herein recognized are violated shall have an effective remedy, notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity; (b) To ensure that any person claiming such a remedy shall have his right thereto determined by competent judicial, administrative or legislative authorities, or by any other competent authority provided for by the legal system of the State, and to develop the possibilities of judicial remedy; (c) To ensure that the competent authorities shall enforce such remedies when granted». Analoga è la disposizione dell'art. 2.1 del Patto sui diritti economici: «1. Each State Party to the present Covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures.». Non diversa è la disposizione dell'art. 1 della Convenzione europea, *supra* nota precedente, e così via.

formulazione più vicina a quella della Convenzione europea, all'art. 4 della Convenzione sui diritti del bambino ¹²⁰.

E dunque, grazie a quelle disposizioni, ne deriva che allo stato sottoscrittore competono due obblighi formalmente (ma anche strutturalmente) diversi. L'uno, quello di "adattare" il diritto interno alla Convenzione, è una diretta conseguenza della norma *pacta sunt servanda* e pertanto discende dal diritto internazionale generale (espresso anche negli artt. 26 e 27 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati). L'obbligo viene dunque soddisfatto, "trasformando" la norma in diritto interno mediante l'ordine di esecuzione salve le eventuali integrazioni normative per la parte non self-executing di essa.

L'altro, quello degli articoli citati delle Convenzioni, è un ulteriore obbligo di legiferare (se necessario) per rendere le norme ivi previste, efficacemente funzionanti nell'ordinamento interno dello stato, non in applicazione della regola generale che lo impone, ma in applicazione della disposizione specifica in questione, e quindi nei termini in cui ciò è ivi disposto. Termini che sono diversi da quelli comuni e assai più analitici.

Anzi, a ben vedere, le convenzioni predispongono due "serie" di obblighi: 1.- quello di legiferare ¹²¹, con l'ordine di esecuzione, ma anche con le norme citate sopra, per *assicurare* i diritti previsti nelle Convenzioni ¹²², e, 2.- quello di garantire, similmente alla Convenzione europea, che i diritti ivi previsti (*enunciati o riconosciuti*) siano esercitati effettivamente e senza discriminazioni: art. 2.2 Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici sociali e culturali ¹²³ e art. 2.1 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici ¹²⁴, nonché art 2 della

¹²⁰ Adottata con la A/RES/44/25, 20.11.1989, art. 4: «States Parties shall undertake all appropriate legislative, administrative, and other measures for the implementation of the rights recognized in the present Convention. With regard to economic, social and cultural rights, States Parties shall undertake such measures to the maximum extent of their available resources and, where needed, within the framework of international co-operation»

¹²¹ Con l'ulteriore strana, ma molto significativa clausola, nel Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici sociali e culturali, di legiferare attraverso la cooperazione internazionale e mettendo in opera il massimo delle risorse necessarie per realizzare lo scopo! *Infra* nt. 126.

¹²² V. il testo, *supra* ntt. 119 e 120.

¹²³ Art. 2.2 e 2.3 Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici sociali e culturali : « 2. The States Parties to the present Covenant *undertake to guarantee* that the rights *enunciated* in the present Covenant will be exercised without discrimination of any kind as to race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status. 3. *Developing countries*, with due regard to human rights and their national economy, *may determine to what extent they would guarantee* the economic rights recognized in the present Covenant to non-nationals.». Si noti, come accennato nel testo: lo stato si impegna a garantire che i *diritti enunciati* (e quindi istituiti) siano esercitati senza discriminazioni.

¹²⁴ Art. 2.1 Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici : « 1. Each State Party to the present Covenant *undertakes* to respect and to *ensure* to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the *rights recognized in the present Covenant*, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status...». Si noti, anche qui: «recognised», quasi si voglia affermare che, in questo caso, quei diritti *già* esistono (il che corrisponde alla realtà, visto che si tratta per lo più, in quella Convenzione, di diritti dell'uomo fondamentali) e quindi ne deve essere assicurato concretamente il rispetto. In altre parole, posto che quei diritti sono già validi, *si impone agli stati* anche (qualora già gli ordinamenti interni di essi non lo abbiano fatto, o non lo facciano istituzionalmente, come nel caso dell'ordinamento italiano) *di renderli efficaci* ed esigibili, come esplicitamente affermato al n. 3 dell'art. 2 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti

Convenzione sui diritti del bambino ¹²⁵, legiferando se e quando necessario per concretizzarli. E non solo, perché nel caso del Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici sociali e culturali, gli stati, mentre devono svolgere il massimo impegno per la realizzazione di quei diritti *eventualmente con la cooperazione internazionale* ¹²⁶, qualora siano paesi in via di sviluppo possono *determinare* in quale misura intendono garantire quei diritti. Come dire che, premesso che occorre trasformare in norme interne le disposizioni del Patto, per la parte evidentemente non self-executing, i diritti ivi previsti sono da considerare garantiti subito o almeno al più presto ¹²⁷, a meno che non ci si trovi in presenza di paesi in via di sviluppo, che possono *graduare* l'entrata in vigore effettiva di certi diritti di natura prevalentemente economica.

E per di più, merita di essere sottolineata, in maniera del tutto incidentale, anche un'ulteriore, non marginale, differenza tra i due Patti. Mentre, infatti, nel caso del Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici sociali e culturali, gli stati si impegnano innanzitutto a trasformare in diritto interno (con tutti gli interventi internazionali, ecc.) le norme del Patto *e solo in secondo luogo* si impegnano a garantire che i diritti ivi *enunciati* vengano effettivamente goduti, nel caso del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici la situazione è esattamente rovesciata: innanzitutto i diritti sono *riconosciuti*, e, *in secondo luogo*, gli stati si impegnano a trasformarli in norme interne e quindi a garantire che quei diritti (trasformati e non!) siano anche garantiti sul piano giurisdizionale. Non è ascrivibile ad un puro caso la differenza di terminologia e di logica delle disposizioni, posto che, in altri casi, si è utilizzato il facile meccanismo di riprodurre, identiche tra le Convenzioni, determinate disposizioni.

L'impressione che si ricava da questa diversa struttura di norme, solo apparentemente, identiche è che nel caso del Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici sociali e culturali si

civili e politici (v. *supra* nt. 119), cosa, non a caso, non affermata nel Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici sociali e culturali.

¹²⁵ Art. 2: « 1. States Parties shall respect and ensure the rights set forth in the present Convention to each child within their jurisdiction without discrimination of any kind, irrespective of the child's or his or her parent's or legal guardian's race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national, ethnic or social origin, property, disability, birth or other status»

¹²⁶ Il che, a sua volta, potrebbe determinare un obbligo di cooperazione internazionale, che non sarebbe cosa di poco momento. Gli stati (in via di sviluppo) insomma, sarebbero non solo tenuti a trasformare in diritto interno le norme del Patto, ma dovrebbero farlo in stretta cooperazione con la Comunità internazionale, la quale a sua volta, avrebbe un obbligo di cooperazione. E quindi, in altre parole, mentre i paesi in via di sviluppo potrebbero in qualche maniera vedere limitata la propria autonomia dalla "collaborazione" necessaria con quelli più sviluppati, questi ultimi non potrebbero ostacolare (anzi dovrebbero favorire) l'immissione negli ordinamenti dei paesi meno fortunati, di quelle regole, anche qualora in contrasto con i loro interessi.

¹²⁷ Ovviamente *cum grano salis*: cfr. il commento generale del Comitato dei diritti dell'uomo, *General Comment No. 3*, 1990, «§ 2...while the full realization of the relevant rights may be achieved progressively, steps towards the goal must be taken within a reasonably short time...§ 9 It thus imposes an obligation to move as expeditiously and effectively as possible...», ctt. in PINESCHI, cit. p. 131.

voglia *deliberatamente* lasciare tempo agli stati (tanto più che esiste anche una sorta di clausola di salvaguardia per i paesi in via di sviluppo ¹²⁸) di organizzare i propri sistemi economici e sociali *prima* di applicare effettivamente *tutti* i diritti ivi individuati, mentre nel caso del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici, stante l'importanza fondamentale di quei diritti che coinvolgono interessi "primari" dell'uomo, e dato che in linea di massima sono già parte degli ordinamenti interni dei firmatari, se ne preferisca disporre *intanto e subito* l'efficacia, salvo poi a disporre perché si agisca adeguatamente integrando all'interno le norme necessarie, per realizzarli più compiutamente ¹²⁹.

Ne consegue che le norme in materia di diritti dell'uomo hanno natura e contenuti notevolmente diversi, con riferimento ai destinatari. E precisamente:

a.- vi sono norme di diritto internazionale generale (in parte di formazione per così dire, *mediata* (in quanto formate per conseguenza di norme pattizie o da esse derivate, come spiegato prima), che istituiscono direttamente diritti per gli individui (e quindi obblighi anche per gli stati, *tutti*);

b.- altre norme, invece, pattizie, definiscono a loro volta diritti ed obblighi come sopra, ma necessariamente diretti agli individui dei soli stati che quelle norme abbiano ratificato o sottoscritto e (se necessario) trasformato in norme interne ¹³⁰, sia pure con le precisazioni di cui più avanti ¹³¹;

c.- altre norme ancora, sempre pattizie, impongono agli stati l'obbligo di trasformare in diritto interno i diritti garantiti e definiti dalle convenzioni, e dunque agli individui verosimilmente non è consentito pretendere dallo stato direttamente quei diritti (fin tanto che non siano stati realizzati), ma è loro consentito di agire contro lo stato per la mancata ottemperanza alla norma che impone di regolamentare quei diritti nell'ordinamento interno. È appena il caso di aggiungere che la mancata assunzione dei procedimenti necessari alla trasformazione delle norme in questione in diritto interno, costituisce di per sé sola una violazione del diritto internazionale, rispetto alla quale si determina la responsabilità internazionale dello stato.

¹²⁸ *Supra* nt. 119.

¹²⁹ È, insomma, il discorso che facevo prima: i diritti (in capo ai cittadini ecc.) *ci sono* nel momento stesso in cui le Convenzioni siano state ratificate (e, se del caso, trasformate). La legislazione a sua volta, posto che i diritti ormai ci sono, interviene per organizzarli in maniera appropriata. Progressivamente, invece, si rendono effettivi quei diritti, quando si tratti di diritti economici e sociali, ecc., e dunque, *in questo caso e limitatamente a quei soli diritti*, l'individuo non può pretenderli subito. Anche qui, forse, un caso di inesigibilità di un diritto esistente!

¹³⁰ Per quanto attiene ai due Patti, si tratta dell'art. 2.2 Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici sociali e culturali, e art. 2.1 Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici.

¹³¹ §§ **Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.** ss.

Sarà poi lasciato all'apprezzamento del giudice e delle parti, stabilire se le regole siano state correttamente applicate, visto che la norma richiede di trasferire i menzionati diritti nell'ordinamento giuridico di ciascuno stato solo "progressivamente" (Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici sociali e culturali) oppure di valutare se le norme non siano già nell'ordinamento giuridico dello stato interessato (Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici, art. 2.2) e infine se ad esse sia data effettiva garanzia giurisdizionale (Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici sociali e culturali, art. 2.3).

Non è qui il caso di entrare nel merito di una problematica complessa che ci porterebbe assai lontano, basta rilevare soltanto, al fine del discorso che ci interessa, che dunque molte norme in materia di diritti dell'uomo hanno, per gli individui, un effetto mediato, nella misura in cui il destinatario di esse non può normalmente valersene direttamente, ma può solo farlo pretendendo - con i mezzi che *eventualmente* gli metta a disposizione l'ordinamento interno - che lo stato, vero destinatario della norma, si adegui, sia pure con le molteplici sfumature indicate in questo paragrafo.

Beninteso, esistono meccanismi e sistemi giuridici nazionali e internazionali profondamente diversi e anche abbastanza sofisticati e complessi (un esempio in tal senso è quello europeo della Convenzione sui diritti dell'uomo, tanto più se vista integrata con le norme comunitarie)¹³² che consentono all'individuo di ottenere *direttamente* la soddisfazione di certi diritti (pur non, ancora, regolamentati nel diritto interno benché probabilmente non di tutti)¹³³, ma nella maggior parte dei casi non è così.

Tutto ciò, inoltre, non esclude affatto che i singoli stati siano latori di consuetudini particolari o che, di propria iniziativa, adottino al loro interno disposizioni legislative o altro, non derivanti da accordi esistenti, sulla materia: originali, insomma. Queste ultime norme, come vedremo fra un momento, oltre a richiedere di essere applicate (e garantite) all'interno degli stati interessati, finiscono per entrare anch'esse nel "gioco" delle norme internazionali in materia di diritti dell'uomo per effetto del meccanismo (descritto meglio più avanti) per cui non solo allo stato non è interdetto di adottare norme più favorevoli, ma al medesimo è anche consentito di pretenderne l'applicazione.

¹³² V. ne un caso *infra* nt. 151 e il relativo riferimento bibliografico, cui *adde* di recente il mio *Corte Europea dei Diritti dell'uomo e estradizione italiana*, in <http://www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&op=5&id=34>, 14.7.2007, p. 5, ora in *Studi in memoria di Vincenzo Starace*, in corso di stampa, Napoli (Editoriale Scientifica) 2008.

¹³³ È, in questo senso, lecito domandarsi, come infatti si è cercato di discutere nelle pagine che precedono, se anche in questi casi (come ormai appare giurisprudenza acquisita in riferimento alla normativa comunitaria non direttamente applicabile) non sia possibile, da parte del singolo cittadino, pretendere dallo stato (e quindi dai suoi organi, ivi compresi i funzionari) l'esecuzione in forma specifica dell'obbligazione non trasformata in norma interna, o comunque non resa operativa. V. per tutti di recente, CONTALDI, *Atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2007, p. 747 ss.

L'intero complesso di disposizioni elencate deve trovare, e a mio parere trova effettivamente, composizione in un sistema organico che non può né deve tollerare antinomie, tra norme più o meno garantiste incluse in accordi a diversa partecipazione soggettiva.

10.3. In conclusione: i termini della gerarchia funzionale ipotizzata.

Cerco, dunque, di trarre in poche parole le conclusioni dal discorso che precede.

Il funzionamento della norma *pacta sunt servanda*, e delle procedure ad essa collegate, sarebbe di per sé sufficiente a garantire l'adempimento dell'obbligo assunto dallo stato di conformarsi alle norme in materia di diritti dell'uomo regolarmente sottoscritte; la norma *pacta sunt servanda* infatti nella sua accezione usuale (del resto specificata anche attraverso gli artt. 26 e 27 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati) basta da sola ad obbligare lo stato ad adottare le misure interne necessarie ad ottemperare alle norme convenzionali¹³⁴, per quanto attiene alle norme generali, invece, le regole comuni sono ben note e si sostanziano nel procedimento di produzione giuridica innescato dall'art. 10 Cost.

Il fatto che, invece, in quei trattati, questo obbligo venga ribadito e anche analiticamente specificato impone di ritenere che quelle disposizioni sono intese ad esprimere un'esigenza ulteriore rispetto a quella di per sé soddisfatta dal funzionamento comune dei meccanismi di trasformazione del diritto internazionale in diritto interno.

E infatti, *in primo luogo*, la disposizione vale a ribadire che lo stato deve riconoscere al suo interno i diritti elencati nelle convenzioni così come sono, deve cioè considerarli di per sé norme interne valide e rivendicabili dagli individui, in aggiunta al normale effetto delle norme di diritto internazionale generale.

In secondo luogo quelle disposizioni servono a consentire, allo stato, una *graduazione* nella introduzione di quei diritti all'interno degli stati, *ma non in termini potestativi* da parte dello stato, che, proprio grazie a quella norma può graduare¹³⁵, sì, ma fin tanto che la Comunità internazionale non intervenga a impedirglielo. E, se non altro grazie a quella norma, la *Comunità internazionale lo può legittimamente fare*, ignorando ogni possibile opposizione del limite degli affari interni.

In terzo luogo, la norma consente agli individui di pretendere dallo stato (all'interno dello stato) l'esecuzione di quelle norme sottoscritte. La cosa in sé è sempre fattibile in astratto (almeno nei sistemi giuridici più "evoluti" in questo senso), ma nel concreto con quella

¹³⁴ Basti citare in merito la classica opera del MCNAIR A., *The Law of Treaties*, Oxford (Clarendon) 1961, p. 345 ss e 493 ss.

¹³⁵ Superando così la norma che in linea di principio obbliga ad applicare subito tutti i diritti definiti nelle convenzioni.

specifica disposizione si determina in capo all'individuo un diritto soggettivo (o un interesse legittimo, almeno) a pretendere dallo stato (e verosimilmente non solo *dal proprio stato*) che l'adeguamento vi sia, che sia corretto o che almeno inizino le necessarie procedure.

Infine, effetto di quelle disposizioni è di permettere alla Comunità internazionale, come dicevo sopra, una sorta di “controllo” sull'effettivo adeguamento dello stato alle norme e sui tempi della loro trasformazione in diritto interno: e quindi sul loro contenuto. E inoltre, anche, che detta trasformazione non avvenga “in frode alla legge”, e vale a dire sfruttando in maniera scorretta la possibilità di impedire la inserzione delle necessarie norme, sulla base della pretesa per cui la necessaria legislazione sia *già presente* nell'ordinamento interno dello stato interessato.

11. Le disposizioni regolatrici del sistema.

Premesso, dunque, che l'analisi della compatibilità tra le norme va condotta anche con riferimento alle norme di diritto internazionale generale in materia, allo scopo di poterla realizzare in concreto (secondo i criteri già sommariamente indicati più sopra) bisogna innanzitutto accertare il contenuto effettivo delle, diverse e spesso divergenti, norme convenzionali vigenti.

A tal fine, due disposizioni convenzionali vengono, a questo punto, in considerazione: quella - in realtà espressione di una norma di diritto internazionale generale largamente preesistente - di cui all'art. 30 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (1969), e quella di cui all'art. 5¹³⁶, comune, dei Patti delle Nazioni Unite sui diritti dell'uomo. Norme, a loro volta, da leggere in connessione e integrazione con altre analoghe contenute in accordi “regionali” in materia di diritti dell'uomo¹³⁷.

11.1. L'art. 5 comune dei Patti delle NU sui diritti dell'uomo (1966).

L'art. 5 di cui sopra, afferma un principio abbastanza usuale nei documenti internazionali: quello per cui (§ 1 dell'articolo) nessuna disposizione della convenzione può essere utilizzata in maniera da *limitare l'applicabilità* delle sue stesse norme, né (§ 2, e questo è assai meno usuale) per impedire l'applicazione, nei singoli stati, di norme legislative o derivanti da

¹³⁶ Sui quali v.ne già ampiamente una discussione nel lavoro cit. alla nota 132 specialmente p. 25 ss.

¹³⁷ E più precisamente, per limitarci alle norme di maggiore rilevanza : artt. 17 e 53 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, l'art. 31 della Convenzione interamericana sui diritti dell'uomo, l'art. 60 e 61 della Convenzione africana (anche se riferita alla Commissione da detta Convenzione istituita) l'art. 3 della Crta araba sui diritti dell'uomo e l'art. 43 del progetto di nuova Carta araba sui diritti dell'uomo.

convenzioni internazionali e consuetudini ¹³⁸ *più favorevoli* di quelle convenzionali, sulla base della giustificazione che esse non sono presenti nella Convenzione stessa ¹³⁹. È appena il caso di sottolineare come la prima parte della disposizione citata sia sostanzialmente identica alla precedente dell'art. 30 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo ¹⁴⁰, mentre molto originale e significativa è la seconda parte della disposizione medesima.

In sostanza nella norma, mi sembra, si affermano due principi:

a.- quello per cui, qualora una norma *più favorevole* di quelle previste nelle Convenzioni sia presente nella legislazione di uno stato (comunque formata e quindi *anche derivante, a sua volta, da accordi internazionali o da consuetudini, ecc.*), questa si applica *a preferenza di quella delle convenzioni*. E dunque non solo lo stato nella cui legislazione sia contenuta una norma fondamentale (in materia di diritti dell'uomo) più favorevole di quella delle Convenzioni, la applica in perfetta legalità ¹⁴¹, ma, è lecito affermare, a stretto rigore di logica, che può legittimamente pretenderne l'applicazione anche nei suoi rapporti con altri stati, pur privi di quella disposizione, se non altro perché in nessun caso sarebbe possibile limitare o negare uno dei «rights and freedoms recognized herein» ¹⁴²: il diritto più favorevole, grazie al § 2 della disposizione, diviene uno dei diritti “qui riconosciuti” del § 1. Del resto, se un soggetto ha *diritto* ad applicare una certa disposizione (del proprio ordinamento o convenzionale o consuetudinaria, non importa) in deroga ad altra che lo lega ad altro stato, quest'ultimo (*non potendovisi legittimamente opporre*: «there shall be no restriction upon or derogation from ...») si troverà nella condizione di doverla, a sua volta, applicare o, almeno, di doverne tenere il debito conto.

¹³⁸ Da intendere, a mio parere, come consuetudini locali interne o interstatali, ma non da ritenere riferita alle norme consuetudinarie internazionali.

¹³⁹ Per comodità di lettura, riporto il testo integrale della norma, che recita: « 1. Nothing in the present Covenant may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms recognized herein or at their limitation to a greater extent than is provided for in the present Covenant. 2. There shall be no restriction upon or derogation from any of the *fundamental human rights recognized or existing in any State Party* to the present Covenant pursuant to law, *conventions, regulations or custom* on the pretext that the present Covenant does not recognize such rights or that it recognizes them to a lesser extent.” Insomma, se una norma è riconosciuta (in quanto di provenienza “esterna”) o esiste in uno stato, essa non solo è applicabile a preferenza di quelle convenzionali meno “garantiste”, ma, una volta che quelle norme esistano e siano riconosciute in uno stato, esse devono necessariamente essere considerate come *riconosciute* dalla convenzione, che, infatti, ne permette l'utilizzazione e anzi ne sollecita l'applicazione.

¹⁴⁰ A/RES/217A (III), 1948, il cui art. 30 recita: «Nothing in this Declaration may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or to perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein.»

¹⁴¹ Il che permette di soddisfare la esigenza di alcuni stati o gruppi di stati di predisporre, tra di loro, sistemi più “avanzati”, rispetto a quelli comuni, v. *supra* § 6. **La valenza “specificata” dei diritti dell'uomo e il superamento dell'idea dei diritti dell'uomo regionali.**

¹⁴² È appena il caso di sottolineare come qui, la norma “comune” usi il termine “recognize”, senza distinguere da “enunciate”, *supra* nt. 115 e § 10.3. **In conclusione: i termini della gerarchia funzionale ipotizzata.**

Con l'ulteriore conseguenza, tutt'altro che marginale, per cui non solo ne potrà legittimamente rivendicare l'applicazione¹⁴³ mettendo eventualmente altri stati nella necessità di regolarsi di conseguenza, ma ne potrà anche chiedere all'altro soggetto l'applicazione, senza incorrere né in una violazione del trattato né nella lesione del limite degli affari interni¹⁴⁴.

Solo per completezza di discorso, merita di essere qui sottolineato come questa interpretazione può considerarsi implicita, anche per simmetria tra il § 1 del medesimo articolo (dove si dice solo «recognised herein») con il § 2 dello stesso, dove si fa riferimento ai diritti «recognised or existing». In un certo senso (anche se l'interpretazione della norma è sicuramente alquanto esasperata) si potrebbe affermare che le singole norme *fondamentali in materia di diritti dell'uomo* presenti in uno stato (per l'effetto descritto sopra) possono diventare norme di livello universale, almeno nella misura in cui riguardino i rapporti tra quello stato e altri, magari meno garantisti e dunque, almeno tendenzialmente sono destinate a partecipare alla definizione del contenuto di una norma della stessa convenzione universale (nel caso, una norma dei Patti, ma il discorso, come ovvio, vale anche per altre ipotesi) il cui contenuto originario muta in corrispondenza con le norme che via via vi si aggiungono.

Ma inoltre, *b.* - è vero anche il contrario, perché le norme delle Convenzioni, prevalgono comunque sulle norme nazionali o convenzionali meno garantiste, per sintetizzare così il senso della frase del § 1 dell'articolo in commento, che vieta «any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms recognized herein...». Si potrebbe anche aggiungere a mo' di conclusione che, se le norme più garantiste della Convenzione prevalgono, pacificamente, anche sulle norme interne dei soggetti, non si vede perché una norma più garantista di un soggetto, riconosciuta legittima e applicabile dalla stessa Convenzione grazie alla citata formula, non debba divenire a sua volta parte della stessa. In altre parole, per effetto del medesimo meccanismo, la stessa Convenzione ne potrebbe risultare modificata, e modificata per tutti i soggetti che la hanno sottoscritta¹⁴⁵.

¹⁴³ Sulla implicita limitazione della domestic jurisdiction operata dagli accordi in materia di diritti dell'uomo, v. SMITH, G., *The European Convention on Human Rights and the right of Derogation: a Solution to the Problem of Domestic Jurisdiction*, in *Howard Law Journal*, 1965, p. 594 ss.

¹⁴⁴ Sul punto cfr. Ampiamente già ARANGIO-RUIZ G., *Le domain réservé: l'Organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne*, Cour général de droit international Public, RC 229 (1990-VII), pag 220 ss. e *passim*, che conclude sul punto specifico, affermando (p. 229): «les réclamations .. étaient des doléances de nature international portées sur le plan international et apparemment destinée à être résolues ... sur un plan strictement international. Aucune élément opérationnel n'était envisagé comme susceptible d'entrer en jeu», interpretazione che, mi sembra, si applica perfettamente al nostro caso. Cfr. anche più oltre, specialmente p. 378 ss.

¹⁴⁵ Come rilevato anche sopra qualcosa del genere accade ed è accaduto grazie alla giurisprudenza comunitaria, dove, per restare al caso citato *supra* nt. 102, la Corte afferma: «14. attendu que si une protection est assurée au droit de propriété par l'ordre constitutionnel de tous les états membres et si des garanties similaires sont accordées au libre exercice du commerce, du travail et d'autres activités professionnelles ... ; que, dans l'ordre juridique communautaire, il apparaît de même légitime de réserver à l'égard de ces droits l'application de certaines limites

Insomma: quello che ne risulta, e che sto cercando di descrivere, è una sorta di circuito di auto-alimentazione normativa o, se si preferisce, un processo autopoietico ¹⁴⁶, non poi tanto diverso da altri di cui si è a lungo discusso in passato e si discute, come quello determinato dall'art. 38 dello Statuto della CIG.

Queste due norme, lette insieme e in coordinamento l'una con l'altra, valgono, infatti, a costruire quella struttura in continua evoluzione (e proprio perciò, definibile come una *struttura*) cui più volte ho fatto riferimento: mentre, infatti, le norme delle Convenzioni prevalgono sistematicamente su qualunque altra norma (interna e internazionale) *meno garantista* di quelle convenzionali, le *norme più garantiste* (di nuovo: nazionali, o internazionali) prevalgono comunque sulle norme convenzionali degli stessi Patti, e, per il descritto effetto di cui al numero 1 della disposizione, di esse è perfettamente legittimo pretendere l'applicazione anche da chi non ne sia direttamente vincolato. E quindi, gli ordinamenti giuridici più "avanzati" tendono ad espandersi a livello universale, cosa del resto, ben nota alla teoria generale del diritto internazionale ¹⁴⁷.

Molto simile a quella appena descritta, è la disposizione dell'art 53 ¹⁴⁸ della Convenzione europea, abbastanza originale in quanto realizzata prima delle convenzioni "universalì", e che

justifiées par les objectifs d'intérêt général poursuivis par la communauté, des lors qu'il n'est pas porté atteinte à la substance de ces droits...».

¹⁴⁶ Espressione usata in maniera analoga, da D'AMATO A., *International Law As An Autopoietic System, paper to be read at the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law on November 15, 2003*, per affermare e definire un meccanismo di formazione delle norme internazionali ben noto da gran tempo, sia pure con terminologie meno "raffinate" dalla dottrina specialmente italiana. Basterebbe pensare a QUADRI e ARANGIO-RUIZ!

¹⁴⁷ Vale la pena di ricordare che è con un meccanismo analogo che certa giurisprudenza statunitense sembra "smontare" talune norme volute dall'Amministrazione, che alla giurisprudenza in questione, appunto, appaiono in contrasto con altre norme internazionali. Cfr. ad es. Per citare una sentenza molto recente: *Moshe Saperstein, Et. Al., Plaintiffs, V. The Palestinian Authority, The Palestine Liberation Organization, et. al., Defendants. United States District Court For The Southern District Of Florida, 2006 U.S. Dist. 22.12.2006*, § 25, dove si afferma, citando la sentenza famosa *Tel Oren 726 F.2d at 795*: « In *Hamdan*, the Supreme Court was presented with the question of whether the provisions of the various Geneva Conventions, specifically Common Article 3, applied to a combatant fighting for Al Qaeda, who was apprehended in Afghanistan. In finding that Common Article 3 did apply, the Supreme Court stated that the conflict between the U.S. and Al Qaeda in Afghanistan was a "conflict not of an international character" and that "the scope of the Article must be as wide as possible."13 Judge Edwards' discussion of terrorism as it relates to the law of nations was in the context of state action rather than private action. Within the analytical framework developed in the cases discussed above, if state action does not violate the law of nations, then there is an even higher threshold to hold private action as a violation of the law of nations....», con la conseguenza che la IV Convenzione di Ginevra, va applicata direttamente dalla giurisdizione, *In Re: Iraq And Afghanistan Detainees Litigation*, United States District Court For The District Of Columbia, 479 F. Supp. 2d 85, 27.3.2007.

¹⁴⁸ La norma dell'art. 53 recita infatti: « Nothing in this Convention shall be construed as limiting or derogating from any of the human rights and fundamental freedoms which may be ensured under the laws of any High Contracting Party or under any other agreement to which it is a Party», quella dell'art. 17 afferma: «Nothing in this Convention may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein or at their limitation to a greater extent than is provided for in the Convention». Le due norme, sommate, corrispondono quasi perfettamente all'art. 5 Patti delle Nazioni Unite sui diritti dell'uomo, cit. V. anche CEDU, *Affaire Leempoel & S.A. Ed. Cine Revue C. Belgique, (Requête no 64772/01)*, 9.11.2006, dove la Corte, pur non entrando nel merito del problema,

in qualche modo ambisce, almeno culturalmente, ad esserlo. E infatti, la Convenzione, con l'art. 17, indica quelle europee come norme inderogabili dagli stati parte, esprimendo il divieto di cercare di eliminarle o di limitarle, elevandole così a parametro di legittimità (quasi) universale ¹⁴⁹.

Anche nelle altre citate convenzioni, del resto, si trovano norme analoghe (spesso nella parte preambolare degli accordi), che sarebbe troppo lungo in questa sede analizzare una per una, ma che inducono tutte alla medesima conclusione.

Posto che non solo tutto il movimento convenzionale direttamente o meno legato ai diritti dell'uomo, ma anche, in misura importante, gli ordinamenti giuridici dei singoli soggetti (grazie ad un processo simile a quello ipotizzato all'art. I-9.3 del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, oggi art. 6 nella formulazione del trattato di Lisbona ¹⁵⁰) vanno presi

afferma, § 86 : «Les requérants invoquent également une violation de l'article 53 de la Convention, estimant que leur condamnation a méconnu l'article 25 de la Constitution belge, et que, dans la mesure où *cette disposition constitutionnelle organise un régime plus protecteur que celui de l'article 10 de la Convention, son application aurait dû être garantie par l'article 53 de la Convention*».

¹⁴⁹ Questa logica si ritrova richiamata in particolare in vari casi della CEDU (v. *Vogt v. Germany*, 2.09.1995), con riferimento ai tentativi di partiti sovversivi di utilizzare la stessa Convenzione per poter cercare di rovesciare il governo legittimo. In questo senso, v. ad es. *Ždanoka V. Latvia* (*Application no. 58278/00*)17.06.2004, che afferma: « However, it cannot be ruled out that a person or a group of persons will rely on the rights enshrined in the Convention or its Protocols in order to attempt to derive therefrom the right to conduct what amounts in practice to activities intended to destroy the rights or freedoms set forth in the Convention; any such destruction would put an end to democracy. It was precisely this concern which led the authors of the Convention to introduce Article 17,... Consequently, in order to guarantee the stability and effectiveness of a democratic system, the State may be required to take specific measures to protect it. Thus, in the above-cited *Vogt* judgment, with regard to the requirement of political loyalty imposed on civil servants, the Court acknowledged the legitimacy of the concept of a "democracy capable of defending itself. In so far as the Government rely on Article 17 of the Convention, the Court reiterates that the purpose of this provision is to prevent the principles laid down by the Convention from being exploited for the purpose of engaging in any activity or performing any act aimed at the destruction of the rights and freedoms set forth in the Convention. In particular, one of the main objectives of Article 17 is to prevent totalitarian or extremist groups from justifying their activities by referring to the Convention. However, in the present case, the applicant's disqualification from standing for election is based on her previous political involvement... It follows that the applicant's disqualification from standing for election to Parliament and local councils on account of her active participation in the CPL, maintained more than a decade after the events held against that party, is disproportionate to the aim pursued and, consequently, not necessary in a democratic society....». E' interessante sottolineare come in questo caso la Corte non abbia avuto difficoltà a pronunciarsi, ma su basi molto chiare e nette, sulla legittimità di certi regimi in termini di "democrazia".

¹⁵⁰ Il primo, come noto, non è in vigore, ma fu sottoscritto e ratificato dall'Italia, con relativo ordine di esecuzione. Ora, è in attesa di ratifica e entrata in vigore il *Trattato Di Lisbona, che modifica il Trattato sull'Unione Europea e il Trattato che istituisce la Comunità Europea* (2007/C 306/01) per effetto del quale, l'art. 6 del trattato CE recita, in maniera quasi identica: «1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni. / 2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. / 3. *I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali*». Non può essere dimenticato, che proprio alla medesima norma si riferisce esplicitamente la Corte Europea dei diritti dell'uomo, in una recente sentenza *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, 20.6.2005, § 155. In maniera analoga v. già il mio *Di taluni problemi posti dalla bozza di riforma costituzionale alla luce del diritto internazionale*, in ISTITUTO ITALIANO PER GLI STUDI

in considerazione per la ricostruzione del contenuto delle norme in materia, *il primo punto*, al quale siamo dunque giunti è che, in ogni caso e senza equivoci, dal complesso delle disposizioni discusse, risulta chiaramente che le norme, per così dire, più garantiste, siano esse derivanti da legislazioni interne o da norme convenzionali internazionali, prevalgono *sempre* su quelle meno garantiste. E, ribadisco, se un soggetto deve applicare (legiferando in materia, come richiesto dalla gran parte delle convenzioni) una norma più garantista non può *contemporaneamente* applicarne, legiferando (o, avendo legiferato), una che garantista lo sia di meno ¹⁵¹.

11.2. L'art. 30 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (1969).

Già solo quanto esposto fin qui, basterebbe a dimostrare la attendibilità della mia tesi sui diritti dell'uomo come struttura. Ma, la concatenazione delle norme in questione, lette alla luce dell'art. 30 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, assume un significato ancora più chiaro nel senso illustrato e specialmente inteso a determinare l'effetto di rendere sempre prevalenti, per *tutti i soggetti* dell'ordinamento internazionale, non solo le norme più garantiste, privilegiate grazie all'art. 5 comune dei Patti, ma anche quelle universali su quelle regionali ¹⁵².

Va senza dire, infatti, che la gran parte dei soggetti sottoscrittori di convenzioni regionali in tema di diritti dell'uomo, sono altresì sottoscrittori dei due Patti delle Nazioni Unite sui diritti

FILOSOFICI, ASSOCIAZIONE TERTIUM DATUR, *Le due Costituzioni*, Atti del Convegno 21.5.2005, Palazzo Serra di Cassano Napoli, Nella sede dell'Istituto, p. 49 ss.

¹⁵¹ La sentenza di cui alla nota 150, infatti afferma nel cit § 155 s.: « ... State action taken in compliance with such legal obligations is justified as long as the relevant organisation is considered to protect fundamental rights, as regards both the substantive guarantees offered and the mechanisms controlling their observance, By "equivalent" the Court means "comparable".... If such equivalent protection is considered to be provided by the organisation, the presumption will be that a State has not departed from the requirements of the Convention. However, any such presumption can be rebutted if, in the circumstances of a particular case, it is considered that the protection of Convention rights was manifestly deficient. In such cases, the *interest of international co-operation would be outweighed by the Convention's role as a "constitutional instrument of European public order" in the field of human rights*» per cui, addirittura, § 157: « It remains the case that a State would be fully responsible under the Convention for all acts falling outside its strict international legal obligations....».

¹⁵² Anche qui, per comodità di lettura, riporto il testo della disposizione: «*Application of successive treaties relating to the same subject-matter*: 1. Subject to Article 103 of the Charter of the United Nations, the rights and obligations of States parties to successive treaties relating to the same subject-matter shall be determined in accordance with the following paragraphs. 2. When a treaty specifies that it is subject to, or that it is not to be considered as incompatible with, an earlier or later treaty, the provisions of that other treaty prevail. 3. When all the parties to the earlier treaty are parties also to the later treaty but the earlier treaty is not terminated or suspended in operation under article 59, the earlier treaty applies only to the extent that its provisions are compatible with those of the latter treaty. 4. When the parties to the later treaty do not include all the parties to the earlier one: (a) as between States parties to both treaties the same rule applies as in paragraph 3; (b) as between a State party to both treaties and a State party to only one of the treaties, the treaty to which both States are parties governs their mutual rights and obligations. 5. Paragraph 4 is without prejudice to article 41, or to any question of the termination or suspension of the operation of a treaty under article 60 or to any question of responsibility which may arise for a State from the conclusion or application of a treaty the provisions of which are incompatible with its obligations towards another State under another treaty.

dell'uomo, e inoltre, in quanto membri delle NU, sono sicuramente soggetti ¹⁵³ (quand'anche se ne volesse negare la valenza di norme di diritto internazionale generale) alle disposizioni della *Dichiarazione universale sui diritti dell'uomo* del 1948, dove la sostanza dei diritti affermati nei Patti è già indicata.

Orbene, come noto, l'art 30 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, stabilisce che 1.- quando vi siano riferimenti a norme di altri accordi da ritenere non incompatibili con quelle contenute nell'accordo, le prime prevalgono ¹⁵⁴; 2.- tra stati che facciano parte dell'accordo generale, e solo in parte di quello particolare, si applicano le norme dell'accordo generale. Resterebbero, così "scoperti" solo i rapporti tra stati *tutti* parti dell'accordo particolare, che potrebbero nei loro rapporti reciproci, applicare norme diverse da quelle indicate nei Patti o risultanti dalla proposta interpretazione di quelle norme. Ma, a parte il fatto che quegli stati sarebbero probabilmente pur sempre parti dell'accordo generale e quindi le relative norme devono applicarle, di nuovo non si vede come uno stato, che è obbligato a determinare, e determina nella sua legislazione, la normativa necessaria a conformarsi ai Patti ¹⁵⁵, possa, contemporaneamente, stabilire una legislazione diversa con riferimento alle situazioni giuridiche verificatesi sotto la sola vigenza delle convenzioni particolari.

E dunque, *il secondo punto che si intende affermare è*, in estrema sintesi, quello per cui, il sistema, *mentre* assicura la chiara prevalenza delle norme più garantiste sulle altre, indipendentemente dal fatto che siano contenute in un accordo regionale o in un accordo universale (o addirittura nella legislazione di uno stato), *d'altro canto*, assicura con altrettanta sicurezza che le disposizioni presenti nell'accordo universale ma non in quello regionale, debbano essere comunque applicate da tutti i soggetti.

E dunque mi sembra adeguatamente dimostrato fin qui, sia pure in via di una prima approssimazione al tema, che le norme in materia di diritti dell'uomo costituiscono un sistema organico tale che non solo comunque le norme "migliori" siano applicabili ovunque, ma anche che il contenuto di quelle norme sia in continua evoluzione, sulla base, tra l'altro, anche della legislazione interna degli stati che fanno parte del sistema. Con l'ulteriore conseguenza per cui

¹⁵³ Quand'anche non si ritenesse che la gran parte almeno delle sue disposizioni è da considerarsi norma di diritto internazionale generale.

¹⁵⁴ È appena il caso di ricordare qui che nei Patti gli artt. 46 e 47 di quello sui diritti civili e politici (corrispondente perfettamente agli artt. 25 e 26 dell'altro Patto, sui diritti economici) affermano: « Art. 46.- Nothing in the present Covenant shall be interpreted as impairing the provisions of the Charter of the United Nations and of the constitutions of the specialized agencies which define the respective responsibilities of the various organs of the United Nations and of the specialized agencies in regard to the matters dealt with in the present Covenant.... Art. 47.- Nothing in the present Covenant shall be interpreted as impairing the inherent right of all peoples to enjoy and utilize fully and freely their natural wealth and resources»

¹⁵⁵ Tenuto conto che, come ripetutamente ricordato, le norme sono programmatiche nel senso che chiedono ai soggetti di legiferare in maniera conforme e dunque, o vengono violate o una legislazione conforme è stata effettivamente realizzata e non può essere difforme dalle altre di altri soggetti.

l'applicazione di una norma diversa da quella specifica apparentemente (per dir così) da applicare in quanto, secondo la mia interpretazione, la prima prevalga, non comporta ovviamente la violazione della seconda. E ciò anche nei confronti di un soggetto, in ipotesi, vincolato solo ad una convenzione specifica poco garantista.

12. La valenza pratica della visione sistemica delle norme in materia di diritti dell'uomo: un'ipotesi applicativa.

A questo punto, la domanda da porsi sul piano pratico è: quali siano i limiti in cui l'obbligo di rispetto dei diritti fondamentali ¹⁵⁶, così ricostruiti nella loro complessità, possa, ma forse debba, determinare obblighi anche per chi, all'interno degli stati, non sia direttamente responsabile della loro attuazione, ma che, con i suoi atti e comportamenti, ne possa determinare la violazione ¹⁵⁷.

Come si è, infatti, cercato di illustrare fin qui, l'ipotesi intorno alla quale si è lavorato è quella della identificazione di un vero e proprio sistema dei diritti dell'uomo, nel quale, per conseguenza della integrazione (necessaria) tra le norme generali, pattizie a carattere universale, contrattuali a carattere "regionale" e altresì statali, *da un lato* si afferma la prevalenza sempre e comunque, ma specialmente *ovunque*, delle norme più garantiste sulle altre, *indipendentemente dalla loro collocazione originaria*, e, *dall'altro*, si afferma, in termini di una vera e propria norma di chiusura del sistema, la prevalenza (in caso di contrasto e a prescindere dal livello di garantismo della disposizione) della norma generale o contenuta in accordi di natura universale su quella regionale o particolare.

Ebbene, almeno negli ordinamenti giuridici interni più evoluti, il contenuto delle norme in materia di diritti dell'uomo, non è desumibile solo da quanto espresso nel singolo accordo specifico sottoscritto dallo stato, sia pure letto alla luce della norma universale eventualmente rilevante ¹⁵⁸ (contrattuale o non, il che già modifica o almeno integra l'accordo specifico tenuto in considerazione), perché ad esso vanno aggiunte le norme più garantiste degli ordinamenti

¹⁵⁶ E non più solo dell'uomo, v. infatti, ad es., *Regolamento* (CE) § 168/2007 del Consiglio, del 15 febbraio 2007, che istituisce l'*Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali* in *GUCE*, § L 053 del 22/02/2007, dove, appunto si fa riferimento ai diritti fondamentali nel senso dell'art. 6 TUE (cfr. *Considerando 9*), la cui avventurosa procedura di insediamento è *in itinere*, almeno all'atto della chiusura del presente lavoro nel Febbraio 2008.

¹⁵⁷ Un caso recente e che merita di essere ricordato, è quello relativo al divieto di commercializzazione dei prodotti atti a praticare la pena di morte, sui cui v. *MAGI, Il commercio di beni utilizzabili per praticare la pena di morte, la tortura e altri trattamenti disumani e recenti misure comunitarie di contrasto*, in *Rivista di Diritto internazionale*, 2007, p. 387 ss.

¹⁵⁸ Cosa, del resto, già affermata nella giurisprudenza della CEDU. V. ad es., solo per citare i casi più recenti.: *Romashov v. Ukraine* (§ 67534/01) 27.7.2004; *Ždanoka c. Lettonie* (§ 58278/00) 17.6. 2004; *Affaire Refah Partisi (Parti De La Prospérité) et Autres c. Turquie* (§ 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98) 13.2.2003. sul punto cfr. il mio *Autodeterminazione dei popoli e successione*, cit. p.29 ss.

giuridici degli stati che partecipano (necessariamente) al sistema, per non parlare di quelle di altri accordi (magari “regionali”, ma anche altri) a diversa partecipazione soggettiva.

Se le norme *da applicare* sono quelle risultanti dal sistema come descritto (e come, altresì, integrate grazie alla autopoiesi della struttura, per definizione, permanente) e quindi non soltanto quelle specificamente sottoscritte dal soggetto determinato (anzi, alcune di esse potrebbero risultare, come visto, addirittura inapplicabili) l’operatore giuridico interno (il giudice, innanzitutto, ma anche il professionista o il funzionario titolare di funzioni di *garanzia* come il notaio, o infine il pubblico amministratore) deve tenere conto di quelle *norme materiali* e regolarsi di conseguenza. In altre parole: la norma materiale da applicare al caso concreto è la risultante di quel processo di integrazione derivante da quanto fin qui descritto.

Anche qui, provo a spiegarmi con un esempio.

È possibile ipotizzare che sia ormai consolidata la norma che vieta di sfruttare, magari danneggiandola, una risorsa naturale appartenente ad una collettività (o anche ad un singolo individuo ma che sia di interesse collettivo, oppure ancora, una risorsa che sia “patrimonio comune dell’umanità”) senza il consenso cosciente dell’interessato o degli interessati, o addirittura, nel caso del patrimonio comune, della stessa Comunità internazionale. Ebbene la domanda (che mi permetto di lasciare allo stato interrogativo) potrebbe essere: è consentito stipulare validamente un contratto (in un paese diverso da quello in cui si trovi la menzionata risorsa) tra persone diverse dai titolari della risorsa stessa, il cui effetto reale sia lo sfruttamento o la distruzione o anche la consumazione della risorsa?

O ancora, nel caso si tratti di una risorsa patrimonio dell’umanità, sarebbe lecito, alla fine di questo discorso, domandarsi se sia legittimo un contratto (e se la sua redazione addirittura non determini conseguenze di responsabilità per gli individui che lo stipulano e consentono di stipularlo) in cui si concordi su azioni dannose per quella risorsa.

La domanda tende, insomma, a chiedersi se non si possa o si debba (secondo me: si debba) ritenere, alla luce di quanto detto, che un contratto del genere possa addirittura essere considerato nullo (o annullabile) alla luce della *stessa legislazione dello stato* in cui venga redatto. Se ciò fosse, potrebbero derivarne conseguenze non marginali in tema di responsabilità sia per le parti dell’ipotetico contratto, sia per il menzionato professionista, che, infine, per il pubblico funzionario.

Ovviamente gli esempi potrebbero moltiplicarsi: basti pensare ai problemi posti dalla difesa delle cd. biodiversità (e non solo di quelle dei paesi cd. “emergenti”, ma anche di quelli più “evoluti”) - posto che anch’esse, come mi sembra probabile, siano un dritto fondamentale

dell'uomo - la cui mancata o cattiva conservazione o difesa può avere effetti molto gravi per il paese interessato e non solo ¹⁵⁹.

L'ipotizzata situazione, la presunta illegittimità del relativo contratto ecc., non deriverebbe, dunque, da motivazioni di carattere etico o politico ¹⁶⁰, ma strettamente parlando *giuridiche* di diritto interno (non a caso parlavo di nullità dell'ipotetico contratto) a causa del fatto che quelle garanzie sono parte dell'ordinamento giuridico internazionale e, per effetto della trasformazione delle norme internazionali in norme interne (o comunque per effetto dell'assunzione dei corrispondenti obblighi internazionali da parte degli stati) sono parte dell'ordinamento giuridico interno e vanno dunque rispettate come ogni norma interna.

Rispetto ai quali obblighi, lo stato non potrebbe (in applicazione dell'art. 27 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati) nemmeno obiettare nulla in termini di esenzione dalla responsabilità internazionale per la mancata o contraria legislazione interna.

E per tirare alle estreme conseguenze un discorso, me ne rendo conto, alquanto estremizzato, nel caso dell'ordinamento italiano, la cosa sarebbe particolarmente evidente, se solo si tenga conto del disposto del primo comma dell'art. 117 Cost. Questa disposizione ¹⁶¹, a mio parere di enorme importanza, impone, come noto, allo stato e alle regioni (pena l'annullamento delle leggi in contrasto, successive o anche precedenti al formarsi della norma internazionale) di legiferare in maniera conforme al diritto internazionale ¹⁶² anche convenzionale.

¹⁵⁹ Un altro esempio potrebbe essere legato al fenomeno delle « compulsory licence » per certi medicinali, rispetto alle quali altrove si potrebbe redigere un contratto che, di fatto, le impedisca. V. sul punto di recente, HESTMEYER H., *Canadian-made Dugs for Rwanda: the first Application of the WTO Waiver on Patents and Medicines*, in *ASIL Insights*, 2008, <http://www.asil.org/insights/2007/12/insights071210.html>.

¹⁶⁰ E vuole essere del tutto indipendente dalla possibilità, esistente o meno poco importa, che uno stato agisca contro un altro perché ha consentito la redazione di quell'accordo. L'ipotesi trascende il diritto internazionale, per cercare di ipotizzare le conseguenze *interne* di un atto del genere.

¹⁶¹ Sorvolo sulle amenità derivanti dalla emissione della legge di « applicazione » dell'art. 117 Cost., in cui, tra le altre cose si afferma all'art. 6, che le Regioni sono tenute ad applicare i trattati ... ratificati: no comment! V. L. 05/06/2003 n. 131, art. 6. E infatti, può ben darsi il caso di una legge regionale in contrasto con una norma contrattuale in materia di diritti dell'uomo, sottoscritta in forma semplificata, e non obbligatoria dato che la legge cit., recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (insomma l'art. 117 primo comma) dispone all'art. 6: « 1. Le Regioni ... nelle materie di propria competenza legislativa, provvedono direttamente all'attuazione e all'esecuzione *degli accordi internazionali ratificati*, dandone preventiva comunicazione al Ministero degli affari esteri ed alla Presidenza del Consiglio dei ministri ... ».

¹⁶² Come noto, la Corte costituzionale ha di recente toccato il problema nelle sentenze [348](#) e [349/2007](#), affermando comunque che le norme contrarie sarebbero solo suscettibili di annullamento, ma non sarebbero in nessun caso disapplicabili. Sul punto v. già ampiamente il mio *Lo strumento europeo di lotta alla discriminazione razziale e la sua applicazione in Italia alla luce del diritto internazionale generale e convenzionale*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale* 2006, p. 57 ss. (intervento di apertura al Convegno *Discriminazione razziale e autonomia privata*, Napoli, 22.3.2006, Roma Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali e *Terrorismo, conflitti interni e internazionali: la legge applicabile*, in *Giustizia Penale* 2006 p. 267 ss. In giurisprudenza, rilevante è la recente Sentenza, Tribunale di Foggia Sezione Lavoro, 19.5.2007 n. 2008/06/RG, che afferma la disapplicazione e, *contra*, cfr. Cassazione civile, Sezione tributaria, [10.12.2002, n. 17564](#).

In effetti, per il combinato complesso disposto degli artt. 10 e 117 primo co. Cost. e della prassi costituzionale relativa alla ratifica ed esecuzione dei trattati internazionali, si determinerebbe un effetto normativo assai significativo. Mentre, infatti, le norme generali di diritto internazionale (in materia di diritti dell'uomo e non solo) sono a tutti gli effetti norme di diritto interno, la trasformazione in norme italiane degli accordi, regionali e universali, in materia di diritti dell'uomo, rende *tutte* quelle norme, regole di diritto interno a tutti gli effetti (e, per di più, a sentire la Corte costituzionale, anche maggiormente garantite delle leggi ordinarie). E allora, il risultato sarebbe di rendere norma di diritto interno l'intera struttura normativa dei diritti dell'uomo, con la conseguenza per cui il contenuto delle singole norme di diritto interno applicabili ai singoli casi specifici va ricavato nel modo descritto più sopra, con particolare riferimento alla valenza prevalente delle norme internazionali più garantiste (sia convenzionali che determinate nell'ordinamento internazionale dal processo descritto sopra con riferimento all'art. 5 dei Patti delle Nazioni Unite sui diritti dell'uomo e all'art. 30 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati). Qualora pertanto, l'effetto della legislazione interna italiana, fosse quello di consentire formalmente lo svolgimento di determinati atti, questo effetto incontrerebbe ormai l'ostacolo insormontabile del primo co. dell'art. 117, che, nell'imporre di legiferare in maniera conforme al diritto internazionale, impone, nella sostanza, di non consentire a comportamenti che rispetto al diritto internazionale contrattuale, siano in contrasto, anche per effetto di una legislazione anteriore.

Non più soltanto le norme generali di diritto internazionale, pertanto, sarebbero inderogabili nel nostro ordinamento, ma, essendolo ormai anche quelle contrattuali, lo sarebbero quelle così come risultati dall'interpretazione proposta nelle pagine precedenti.

In altre parole e per concludere, qualunque norma interna, che consentisse, di fatto, la realizzazione dell'atto su ipotizzato, sarebbe in conflitto con il diritto internazionale, così ricostruito, e pertanto la norma che lo ha permesso (benché indirettamente) sarebbe suscettibile di annullamento per violazione della menzionata disposizione costituzionale dell'art. 117 primo co. e il contratto, a sua volta, nullo o annullabile ¹⁶³.

¹⁶³ Sul punto, rinvio a due scritti in cui ho approfondito alquanto la questione, in vista di un lavoro più ampio in corso di redazione proprio sul problema specifico: *Lo strumento europeo di lotta alla discriminazione razziale e la sua applicazione in Italia alla luce del diritto internazionale e convenzionale*, in *Riv. Coop. Giur. Int.*, 2006; *Terrorismo, conflitti interni e internazionali: la legge applicabile*, in *La Giustizia Penale*, 2006, coll. 257 ss.