

### I DIRITTI DELL'UOMO COME SISTEMA: UN'IPOTESI DI LAVORO\*

Giancarlo Guarino\*\*

Sommario: 1. *I diritti dell'uomo come sistema: un'ipotesi di lavoro.* – 2. *L'inesigibilità di taluni diritti dell'uomo in circostanze specifiche.* – 3. *Un caso emblematico: il caso dell'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.* – 5. *Il preteso valore programmatico delle norme in materia di diritti dell'uomo.* – 6. *La valenza "specificata" 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.* – 9.1 *La conseguente ricostruzione di una gerarchia funzionale delle norme in materia di diritti dell'uomo.* – 10. *Le disposizioni regolatrici del sistema.* – 10.1 *L'art. 5 comune dei Patti delle Nazioni Unite sui diritti dell'uomo (1966).* – 10.2 *L'art. 30 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (1969).* – 11. *La possibile valenza pratica della descritta visione sistemica delle norme in materia di diritti dell'uomo: un'ipotesi di lavoro.*

1. Quando si fa riferimento a singoli "diritti umani"<sup>1</sup>, occorre non trascura-

---

\* Le pagine che seguono, destinate alla raccolta degli *Scritti in onore* del Prof. Umberto LEANZA, 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. Ringrazio, unitamente ai Redattori dei menzionati *Scritti*, il Presidente della predetta Unione, il Prof. Giancarlo LAURINI, per il cortese consenso all'utilizzazione di quell'intervento come base per le pagine che seguono redatte in una forma largamente rimaneggiata.

\*\* Professore Ordinario di Diritto internazionale nella Facoltà di Economia della Università degli Studi "Federico II" di Napoli.

<sup>1</sup> Ma, personalmente, preferisco sempre 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 legiti-

re il fatto che non è possibile parlare di uno di essi, senza tenere conto in maniera complessiva anche degli altri<sup>2</sup>.

Ciò che cercherò di fare nelle pagine che seguono è di mostrare come i diritti dell'uomo, per lo più definiti in molteplici e diverse convenzioni non sempre esplicitamente dirette a regolarli, costituiscano sempre più chiaramente un vero e proprio "sistema" organico, benché non organizzato, nel quale le singole disposizioni contenute negli accordi universali e "regionali", unitamente alle norme di altra natura (generali e derivate, come talune importanti risoluzioni delle NU) si sostengano a vicenda, in un tutto, appunto organico, dove l'un diritto non può prescindere dall'altro: *giuridicamente*, non solo politicamente. Ciascun diritto, dunque, non può prescindere dall'altro, ma *non tutti*, come vedremo fra poco. Con la ulteriore conseguenza per cui le singole specifiche disposizioni di singole specifiche convenzioni (per non parlare delle norme statali in materia) vanno lette in un quadro unitario, che, non sopporta né può sopportare contraddizioni o "eccezioni"<sup>3</sup>, talché può accadere che una norma, che formalmente vincoli un soggetto, in concreto non gli si applichi (e non sarebbe lecito che gli si applicasse, *non determinando* perciò, in particolare, *la conseguente responsabilità* interna e internazionale in chi non vi abbia dato seguito), in quanto un'altra migliore o più

---

time) 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 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*, Jovene, Napoli, 1984, *passim*). Indipendentemente da ciò, peraltro, ben può accadere, come vedremo tra poco, che il diritto di un singolo non trovi soddisfazione (magari anche in ragione di un interesse collettivo, *infra* n. 3), ma non perché *politicamente* inopportuno, bensì perché *giuridicamente inesigibile* in quel determinato momento e in quel determinato luogo, come cerco di spiegare *infra* paragrafo successivo.

<sup>2</sup> 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).

<sup>3</sup> Nel senso che, se di sistema o struttura si tratta, come credo (v. *infra* nt. 11), 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 esclude 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.

generale<sup>4</sup> gli si sovrapponga o un'altra preliminare ne preceda necessariamente l'applicazione in quanto ad essa strumentale<sup>5</sup>.

A tal fine, nelle righe che seguono, destinate come sono ad una prima riflessione sul problema, parto da un esempio che possa servire 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 la relativa attività a quello culturale, politico e organizzativo)<sup>6</sup> 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<sup>7</sup>, e in particolare regolamentato nella *Convenzione sui diritti del bambino*<sup>8</sup>, 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, e, prima di tutto, dai *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, in una serie di obblighi di *facere*<sup>9</sup> imposti agli Stati parte 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, per la realizzazione di questi diritti, va collocata, come vedremo tra poco, in

---

<sup>4</sup> *Infra* § 8.

<sup>5</sup> Il che ovviamente sarebbe in contrasto con la tesi (peraltro dominante) dell'opponibilità sempre e ovunque dei diritti dell'uomo. Si veda, ad es. (in termini piuttosto sommari e approssimativi) BREMS, *Human Rights: universality and diversity*, The Hague (Nijhoff), 2001, p. 12 s.

<sup>6</sup> Si veda in generale sul problema dell'istruzione e del trattamento dei bambini, il mio *La Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia*, Quaderni UNICEF, 2, 2005.

<sup>7</sup> 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, *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, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 17 ss., e *ivi* ampia bibliografia.

<sup>8</sup> Preceduta da una famosa *Dichiarazione* 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, entrata in vigore il 2.09.1990, artt. 19, 22 ecc.

<sup>9</sup> Si veda anche *infra* 5.

un vero e proprio sistema organico di diritti e obblighi<sup>10</sup>. Dove per sistema intendo un insieme coordinato (o meglio, coordinabile, quanto meno per via interpretativa) di norme 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<sup>11</sup>.

2. 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 dal loro eventuale rango)<sup>12</sup>, tra le norme stesse si determina una sorta di gerarchia “necessaria”, collegabile, 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 (il diritto in questione è legittimo e

---

<sup>10</sup> Ma, a mio parere, non separato dal sistema generale del diritto internazionale o addirittura autonomamente garantito. In questo senso, invece, ad es. v. SIMMA, *Self contained Règimes*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 1985, p. 111, e SIMMA, PULKOVSKI, *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 fatta relativamente al fatto per cui essendo, a mio parere, “il” sistema dei diritti dell’uomo 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, 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 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. Il rischio della immaginazione di un sorta sistema di “scatole cinesi” di numero indefinibile è evidente.

<sup>11</sup> Cfr., in merito, qualche accenno già nel mio *La revisione dei trattati internazionali: spunti critico-ricostruttivi*, Jovene, Napoli, 1971, p. 3 ss. e in particolare note 6, 11 e 24 per i molti riferimenti bibliografici.

<sup>12</sup> 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.

dovuto indipendentemente dalla realizzazione di quello strumentale), bensì solo di “azionabilità”: di quel diritto, *in quelle determinate circostanze*, non è giuridicamente consentito chiedere la realizzazione.

Tale, ad esempio, è il caso di quelle norme che garantiscono, tra gli altri, il “diritto” del bambino all’istruzione. 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 (anche 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 a loro volta *effettivamente* garantiti. Fondamentali, però, non per la loro importanza, quale quelli alla vita o alla sopravvivenza o alla partecipazione politica ecc.<sup>13</sup>, bensì 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 strumentali (non “più importanti” o di 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 fatto<sup>14</sup>, nel senso che questa motivazione di fatto, se vale ad esentare dalla responsabilità politica, non basterebbe ad evitare quella giuridica. Viceversa, se un diritto può essere definito al momento non esigibile, non vi è responsabilità nel non concederlo.

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 (per usare le indicazioni del KELSEN) “giustifica e determina” l’altra – ma ad una struttura, appunto, nella quale le norme si ordinano (in senso procedimentale) tra di loro non per la loro posizione gerarchica, ma per la loro reciproca strumentalità: *quando, se e finché* detta strumentalità esista. 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 i primi. 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 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 usuale. Infatti, se, come ho osservato, in assenza di garanzia del diritto alla vita è, però, egualmen-

---

<sup>13</sup> Anche in assenza di quelle garanzie, nulla impedisce di assicurare (e quindi di pretendere) il diritto all’istruzione.

<sup>14</sup> Si veda, *infra* § 4.

te ragionevole pretendere quello all'istruzione, invece in assenza delle strutture che consentono di realizzare quest'ultima, la richiesta di istruzione può essere pretermessa *senza incorrere in un illecito*: ha, infatti come mi accingo 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 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 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, ma alla soddisfazione di quel diritto ad essa strumentale, sempre che quel diritto non sia stato altrimenti soddisfatto in maniera adeguata anche se non "puntuale".

L'affermazione in sé sarebbe del tutto ovvia, ed espressa in termini politici lo è, ma, se espressa in termini giuridici, lo è, a mio parere, 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 momento<sup>15</sup>.

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 preterderne la realizzazione, non manca la loro esistenza e la conseguente titolarità. Ma

---

<sup>15</sup> 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, *infra* § 4.

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.

Il passaggio, quindi, dalla 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 venga collocato razionalmente 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.

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

Nella famosissima polemica (culminata in una ancora più famosa sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo)<sup>16</sup> sul diritto dei singoli cittadini belgi<sup>17</sup> (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 Corte<sup>18</sup>, 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, ma<sup>19</sup> la sua mancata piena

---

<sup>16</sup> CEDU 23.7.1968, *Application n° 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).

<sup>17</sup> Si veda, *infra* nt. 21 per il testo rilevante sul punto.

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> Cfr. La sentenza cit. alla nt. 16, 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 discrimi-*

soddisfazione *non può considerarsi una violazione* dei diritti fondamentali dell'uomo se è frutto solo di un 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, dunque, una scuola *ad hoc* avrebbe rappresentato nonché un costo eccessivo, uno spreco per un numero limitato di allievi e un fattore di disturbo per la popolazione locale.

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 affermare che essa lascia libertà allo Stato nel legiferare in materia)<sup>20</sup> la parte decisiva e consistente della sua motivazione sta nell'affermazione che quel diritto è indiscutibilmente un diritto certo<sup>21</sup>, ma, nella specifica circostanza, esso va considerato come un diritto inesigibile o, se si vuole, inefficace<sup>22</sup>: per... eccesso di garanzia<sup>23</sup>.

*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 date agli individui (di ogni etnia) in un Paese come il Belgio – lo affermo, ampliando alquanto e integrando le parole stesse della sentenza – quella situazio-

---

nate 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*".

<sup>20</sup> 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. Lo Stato, dunque, 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*. Solo così, mi pare, si può affermare che il Belgio non è incorso nella violazione della Convenzione e nella conseguente responsabilità internazionale.

<sup>21</sup> 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".

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> 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.

ne individuale specifica non richiede una specifica garanzia<sup>24</sup>: 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 assicurarlo<sup>25</sup>, o, se si preferisce, non vi è violazione (e quindi responsabilità) nel non assicurarlo. *In quella situazione specifica* e solo in essa, quel diritto semplicemente è *tamquam non esset*, 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, qualora vi fossero le strutture adeguate, *in loco*, sarebbe illecito non consentire l'accesso agli studenti che ne avevano fatta richiesta<sup>26</sup>.

Si potrebbe anche utilizzare un'altra categoria giuridica da applicare alla fattispecie, affermando cioè che il diritto, indubbio, 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.

Detto del tutto incidentalmente, anche questo può servire a chiarire meglio il senso di quanto dicevo a proposito della preferenza a parlare di diritti dell'uomo piuttosto che umani. Nel caso descritto, il singolo, anche se "lonta-

---

<sup>24</sup> 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 note 60-63.

<sup>25</sup> 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 (art. 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*".

<sup>26</sup> *Supra* nt. 21.

no” 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. 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. Appunto, 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 violatd if the distinction has no *objective and reasonable* justification...”, ciò che, invece, nel caso c’è.

4. Esprimendo in sintesi quanto detto fin qui: è il contesto giuridico<sup>27</sup> nel quale le singole pretese (tutte in sé legittime e doverose) devono essere soddisfatte quello che determina la loro stessa esigibilità e, dunque, l’effettività immediata di quei diritti.

Se infatti è evidente, per restare all’esempio dell’istruzione, 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 – esprimendo la insussistenza della pretesa avanzata dai ricorrenti e quindi 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. –<sup>28</sup> è altrettanto vero che la pretesa (astrattamente legittima) a detta istruzione in una situazione giuridico sociale in cui la struttura

---

<sup>27</sup> 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* §§ 0 seg.

<sup>28</sup> 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”.

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: il diritto c'è, ma non è effettivo. Ripeto, dunque, quel diritto è *tecnicamente inesigibile*, ma per una motivazione esattamente opposta a quella, citata, del Belgio: la *manca*za 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 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* impedisce "a cascata" le altre e pertanto 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 soddisfanno, mentre *nel 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, però, potrà ricomparire, perfettamente esigibile questa volta, 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. Cambiano, invece, nei due casi i termini della responsabilità, come mi accingo a mostrare.

Ragionando diversamente, del resto, ci si troverebbe di fronte ad una serie di diritti e pretese indistinte, 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.). Con un'ulteriore notazione, perché, grazie alla proposta ricostruzione, mentre *nel caso del Belgio* la responsabilità non vi sarebbe – in nessun caso 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 pretesa.

Con un corollario tanto evidente quanto importante. Posto che il diritto in capo ai singoli individui esiste, sia pure in stato "quiescente", *i.* – nel caso del Belgio esso riemergerebbe con tutta la sua forza al mutare delle circostanze

(ma senza responsabilità per la sua mancata realizzazione in passato), mentre *ii.* – negli altri casi esso si risolve nella pretesa alla realizzazione delle esigenze strumentali (con la relativa responsabilità), salvo a riemergere, anche in questo caso, quando, una volta ottenute le realizzazioni strumentali a quel diritto non si dia luogo.

E perciò, in tale ottica, 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 stessa 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-giuridico*, 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<sup>29</sup>.

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 soddisfatta e pertanto anche qui

---

<sup>29</sup> 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.

generatrice di responsabilità, ma non “attenuabile” ad es. per l’ipotizzata impossibilità (o grande difficoltà) di realizzazione, 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 le 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<sup>30</sup>.

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 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”)<sup>31</sup> 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*.

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 dell’uomo, e, *dall’altro*, alla affermazione acritica della loro non applicabilità in pratica per la mancanza delle condizioni socio-politiche necessarie<sup>32</sup>. E quindi, come detto, si può ipotizzare che i singoli diritti dell’uomo siano differentemente realizzabili e legittimamente esigibili in parti diverse non

---

<sup>30</sup> Rispetto a ciò, diverso è l’approccio della cd. “inclusive universality”, che, però, centra l’attenzione, come io stesso più sopra, sull’individuo, piuttosto che sulle collettività, v. BREMS, *Human*, cit., 338.

<sup>31</sup> E quindi, si tratta, a mio parere di una gerarchia del tutto atipica, *funzionale*, come spiego meglio *infra* § 9.1.

<sup>32</sup> 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.

solo del mondo, ma di un medesimo Paese a seconda delle diverse situazioni socio-giuridiche locali<sup>33</sup>.

Occorre, quindi, 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 *manca 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 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. Normalmente sia le norme derivanti dal movimento convenzionale in materia di diritti dell’uomo, che quelle più propriamente di diritto internazionale generale, impongono obblighi agli Stati, però senza definire direttamente diritti e obblighi per gli individui. Non a caso, dunque, molto spesso quelle norme sono definite (e ritenute) dalle giurisdizioni nazionali (e tra di esse si distingue la giurisprudenza italiana), “norme programmatiche”, quasi nel senso di indicarne una valenza più indicativa di tendenze o di esortazioni che di obblighi concreti: norme insomma, più simili a raccomandazioni che a decisioni vincolanti. Anche se, e la cosa non può essere passata sotto silenzio, le norme come ad es. quella dell’art. 2 della Convenzione delle NU sui diritti civili e politici prevedono esplicitamente l’obbligo per gli Stati parte di predisporre le leggi o comunque le disposizioni

---

<sup>33</sup> 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. Si veda anche più ampiamente *infra* § 6.

interne necessarie a *realizzare i singoli diritti ivi previsti*<sup>34</sup>, il che può implicare, almeno negli ordinamenti giuridici più sofisticati, che all'individuo possa spettare in certi casi un'azione atta ad obbligare lo Stato e mettere in pratica quel diritto<sup>35</sup>. Solo rispetto a talune disposizioni è possibile pensare ad un effetto diretto e immediato, ma sempre, mi sembra, in ordinamenti giuridici relativamente sofisticati, dove, ad esempio, sia possibile agire per la realizzazione in concreto di norme internazionali, che non hanno trovato una trasformazione in norme interne.

Non è qui il caso di entrare nel merito di una problematica complessa che ci porterebbe assai lontano, ma sta in fatto che in questo modo quelle norme 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 si adegui. Certamente, esistono meccanismi e sistemi giuridici nazionali e internazionali più 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)<sup>36</sup> che consentono all'individuo di ottenere *direttamente* la soddisfazione di certi diritti (pur non, ancora, regolamentati nel diritto interno benché probabilmente non di tutti)<sup>37</sup>, ma nella maggior parte dei casi non è così.

Per cui, utilizzando sempre a scopo esplicativo l'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 non, ma, inoltre, permette all'individuo, nella migliore delle ipotesi, solo di pretendere dallo Stato di adoperarsi perché quella esigenza venga soddisfatta o addirittura,

---

<sup>34</sup> 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". 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: "The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention", e così via.

<sup>35</sup> E perfino ad ottenerne soddisfazione nei propri riguardi.

<sup>36</sup> V. ne un caso *infra* nt. 95 relativo riferimento bibliografico, cui *adde* di recente il mio *Corte europea dei diritti dell'uomo e estradizione italiana*, in <http://www.europeanrights.eu/>, 14.7.2007, p. 5.

<sup>37</sup> È, in questo senso, lecito domandarsi, infatti, se anche in questi casi (come ormai appare giurisprudenza acquisita in riferimento alla normativa comunitaria non direttamente applicabile) non sia possibile 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.

semplicemente di ottenere l'applicazione di qualche sanzione internazionale allo Stato che non abbia adempiuto all'obbligo.

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"<sup>38</sup>) 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 "sostanzioso", 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, il descritto dualismo 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.

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 è possibile che un individuo possa o riesca ad esercitare validamente la pretesa di vederseli riconosciuti direttamente<sup>39</sup>.

In sostanza, la situazione che deriva da questo sistema è che, *da un lato*, l'ordinamento internazionale, imponendo obblighi di *facere* o di *non facere*<sup>40</sup> chiede agli Stati membri della Comunità internazionale 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), mentre *d'altro canto*, gli individui sono titolari di quei diritti, mediati, sia verso lo Stato che, magari addirittura, verso altri individui<sup>41</sup>. La Comunità internazionale, dunque, offre ai singoli (e non solo alle collettività, ma ai singoli individui nell'ambito dei singoli ordinamenti giuridici) una *garanzia*, nel senso che lo Stato, che non realizzi quegli obblighi internazionali, è responsabile del corrispondente illecito verso la

---

<sup>38</sup> 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.

<sup>39</sup> 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.

<sup>40</sup> Si veda, ZANGHÌ, *La protezione*, cit., p. 18 s.

<sup>41</sup> *Infra* § 11.

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<sup>42</sup> verso la Comunità internazionale, mancando, in materia di diritti dell'uomo, obblighi reciproci in senso stretto<sup>43</sup>.

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.

Il punto allora, diviene quello di vedere in che maniera delle affermazioni generiche e apparentemente astratte possano concretizzarsi in norme giuridiche vere e proprie destinate ad essere applicate direttamente all'interno dei singoli Stati. Il nostro compito, come giuristi è proprio quello di studiare e di assicurare l'effettiva applicazione delle norme per far sì che delle affermazioni astratte si concretizzino in diritti effettivi e reali, e quindi anche in garanzie effettive perché in *tutti* gli Stati quei *medesimi* diritti siano assicurati.

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 in genere, la libertà di cambiare religione (problema, come noto, oggetto di un lungo dibattito a livello internazionale, da parte specialmente di chi intende questa "mancata disposizione" come una limitazione di un diritto, che dovrebbe invece essere assoluto), ma la libertà di sceglierla<sup>44</sup>. Il che, non deriva da

---

<sup>42</sup> 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. Si veda anche TAMS, *Enforcing obligations erga omnes in International Law*, Cambridge (Un. Press), 2005, p. 233 e *passim*.

<sup>43</sup> 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), Judgement, 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.

<sup>44</sup> 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.

un compromesso diplomatico tra chi intendeva difendere la libertà religiosa e chi invece la voleva limitare. Ma nasce dall'esigenza, comune a tutte le normative in materia, di affermare valori di tipo universale, accessibili a tutti e perfettamente concreti: ciò che conta, ad esempio, è che ciascuno possa scegliere la religione che preferisce, indipendentemente dal fatto che, nel fare quella scelta, cambi la propria religione attuale, o ne assuma una essendo stato in precedenza agnostico. Se pure una scelta del genere sia derivata da un dibattito politico diplomatico, essa è perfettamente coerente all'idea, perseguita in tutto il movimento convenzionale in materia di diritti dell'uomo, di affermare diritti specifici (o meglio: *di affermare l'obbligo per gli Stati di garantire a tutti determinati diritti*) che ciascuno Stato deve realizzare e che, 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. Non è un caso, per fare un altro esempio, che – fatta eccezione per un accenno chiaramente incoerente e fuori tono, nella Convenzione interamericana<sup>45</sup> – nelle convenzioni in materia di diritti dell'uomo, non si parla di “democrazia”<sup>46</sup>, ma sempre e solo (utilizzando diverse perifrasi) di garanzia dovuta a che ogni persona possa partecipare, quale che ne sia il modo e il meccanismo, al governo o alle scelte determinanti per la vita del Paese: si indicano, cioè, i singoli diritti e le singole facoltà, per dir così operativi, ma non si prescrive la forma filosofica o politologica nella quale quel diritto può essere espresso<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> Cfr. art. 28, 3° cpv., Convenzione interamericana, dove, sia pure per un caso specifico, si fa riferimento, addirittura, alla democrazia rappresentativa (“No provision of this Convention shall be interpreted as...c. precluding other rights or guarantees that are inherent in the human personality or derived from representative democracy as a form of government...”).

<sup>46</sup> 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”.

<sup>47</sup> 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 assicuri, 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 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

6. E 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 dei diritti e delle prerogative specifici) differenziato da regione a regione, fatte salve le eventuali situazioni o esigenze particolari legate come sono a fenomeni e convinzioni di natura culturale<sup>48</sup>. Ciò non solo perché ovviamente sarebbe assurdo pensare che, ad esempio, la tortura sia vietata in Africa e non in Europa, ma principalmente perché non si deve dimenticare che i diritti dell'uomo, oggi, 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<sup>49</sup>.

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

---

fatto di permettere di votare, basterebbe citare al proposito il ben noto *National Security Strategy of the United State of America*, Washington 2006, pp. 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.

<sup>48</sup> Sul punto, con particolare riferimento al regionalismo americano, v. ampiamente DI STASI, *Il sistema americano dei diritti umani: circolazione e mutamento di una International Legal Tradition*, Giappichelli, Torino, 2004, specialmente pp. 64 ss.

<sup>49</sup> 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".

certi diritti, in quanto soddisfatti altrimenti o, se si preferisce, con strumenti più sofisticati<sup>50</sup>.

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 del diritto internazionale, determina la conseguenza per cui anche le situazioni di maggiore garanzia finiscano per estendersi alle zone o ai gruppi umani meno protetti<sup>51</sup>. 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<sup>52</sup>.

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)<sup>53</sup> l’identificazione che i popoli e le collettività 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

---

<sup>50</sup> 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 subregional 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 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...*”.

<sup>51</sup> Cfr. *infra* § 10 per un approfondimento di questo punto.

<sup>52</sup> 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. Si veda, sul punto anche *infra* § 10 ss.

<sup>53</sup> 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. Si veda, sul punto, anche il mio *Autodeterminazione*, cit., *passim*.

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*<sup>54</sup>.

Sempre meno l'identificazione dei gruppi umani è, strettamente parlando, geografica<sup>55</sup>. 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 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 di coincidenza di interessi e di idee (anche determinata da una, vera o presunta, ostilità altrui)<sup>56</sup> 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 *revanchiste*! 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, 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 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

---

<sup>54</sup> Secondo le definizioni di HUNTINGTON, *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, trad. it. di *The Clash of Civilization and the Remaking of World Order* (1996), Garzanti, Milano, 2003.

<sup>55</sup> 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, pp. 7 ss., e specialmente pp. 55 ss.

<sup>56</sup> 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.

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<sup>57</sup> (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*”<sup>58</sup>.

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, perchè no, la Carta africana<sup>59</sup>.

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<sup>60</sup> e, in mancanza, quella contenuta in norme contrattuali a partecipazione più ampia<sup>61</sup>.

7. 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 1789<sup>62</sup>, ribadito nell'altrettanto famosa

---

<sup>57</sup> 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).

<sup>58</sup> Un problema analogo, v.lo analizzato da NOVI, *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*, Giuffrè, Milano, 2007, specialmente p. 397 s. e 417 ss.

<sup>59</sup> 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.

<sup>60</sup> *Infra* § 10.1.

<sup>61</sup> Cfr. *infra* § 10.2.

<sup>62</sup> 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.

formula della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo<sup>63</sup>, i Patti delle NU sui diritti dell'uomo, si aprano entrambi (art. 1, comune) con l'affermazione del "diritto" all'autodeterminazione<sup>64</sup>.

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 permanente. 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) vigente.

Un popolo sottomesso, ad esempio, ad un regime coloniale o ad una occupazione militare<sup>65</sup>, 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

---

<sup>63</sup> 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".

<sup>64</sup> Sia consentito di ribadire in questa sede quanto già affermato ripetutamente in passato, 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. 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, indistintamente, solo per comodità di esposizione.

<sup>65</sup> 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.

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<sup>66</sup> 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, nella quale, peraltro, sia pure in maniera estremamente sintetica, quei principi sono espressi: nell'art. 1.2 dello Statuto<sup>67</sup>, 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, 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<sup>68</sup>, visto, tra l'altro, che si parla di popoli e non di Stati<sup>69</sup>. 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 inter-

---

<sup>66</sup> 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.

<sup>67</sup> Che costituisce una consistente base normativa dell'intero sistema, v. LAUTERPACHT, *Towards an International Bill of Rights*, in LAUTERPACHT, *International Law being the Collected Papers of H. Lauterpacht*, Cambridge (Un. Press) 1977, pp. 410 ss.

<sup>68</sup> 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.

<sup>69</sup> Come curiosamente ritiene invece il KELSEN, *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of its Fundamental Problems*, London (Stevens), 1951, pp. 17 ss.

nazionale 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 precisero 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 "imporre" 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)<sup>70</sup> che in un rapporto sinergico e di interscambio continuo (come è sempre accaduto e sempre accade nel diritto internazionale) hanno tutti 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<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> 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 univervasale di certe norme.

<sup>71</sup> 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!], ai sensi dell'articolo 5, comma 3,

8. Le osservazioni fin qui fatte, sono servite a mettere in luce quella che a mio parere è l'evidente 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)<sup>72</sup> 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<sup>73</sup>, e pur essendo, quindi, 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 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<sup>74</sup>, 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

---

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". Per qualche altra considerazione proprio su questo tema, si veda il mio *Corte europea dei diritti dell'uomo e estradizione italiana*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu).

<sup>72</sup> *Supra*, § 5.

<sup>73</sup> *Supra*, §§ 2 e 4.

<sup>74</sup> 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.

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 § 10.2.

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 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) nell’ordinamento interno, rendendole così norme a tutti gli effetti di diritto interno e *a. I.* – qualora *non self-executing*<sup>75</sup>, assume l’obbligo, di diritto interno<sup>76</sup> e non “solo” di diritto internazionale, di realizzarle in concreto<sup>77</sup>, 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,

---

<sup>75</sup> Tema di recente affrontato a fondo dalla giurisprudenza statunitense con riferimento, in particolare, all’applicabilità della IV Convenzione di Ginevra. Si veda, 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.

<sup>76</sup> 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 pretendere l’esecuzione o, in mancanza, il corrispondente risarcimento del danno.

<sup>77</sup> Per cui quelle norme non possono essere considerate solo programmatiche, poichè capaci di determinare, all’interno, anche diritti veri e propri a vantaggio degli individui.

sia, infine, dalla collettività internazionale nei modi classici di quest'ultima: dalla Comunità internazionale "as a whole"<sup>78</sup>, 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. Le varie disposizioni convenzionali in materia di diritti dell'uomo (ovviamente tutte, e non solo quelle esplicitamente intitolate all'argomento), posto che le norme di diritto internazionale generale sul punto sono valide per tutti i soggetti, vanno studiate non solo per il loro contenuto individuale, ma anche e preliminarmente, alla luce delle norme che regolano il coordinamento e 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<sup>79</sup>.

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 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 su tutte le altre norme pattizie<sup>80</sup>.

Occorre dunque, alla luce delle disposizioni vigenti in materia di coordinamento tra norme contrattuali, 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

---

<sup>78</sup> 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).

<sup>79</sup> 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.

<sup>80</sup> E già solo questo sarebbe di grandissima rilevanza, se si tiene conto di quanto detto più sopra con riferimento alla pretesa 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.

di loro contraddittorie<sup>81</sup>: nel rispetto, insomma, di quelle regole che, da un lato, definiscono la non contraddittorietà delle specifiche disposizioni contrattuali con quelle delle NU e strumenti ad esse collegati e da esse derivati 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 soggetti.

Nel caso specifico dei diritti dell'uomo, infatti, la regola comune 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, in realtà non può trovare applicazione; anzi, potrebbe risultare addirittura assurda, 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, perciò 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 poco.

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 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.

9.1 Sebbene, dunque, non si possa parlare di gerarchia in senso formale tra

---

<sup>81</sup> 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 integrante des principes généraux du droit dont elle assure le respect; qu'en assurant la sauvegarde de ces droits, la cour est tenue de 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".

le menzionate norme, l'effetto della convivenza di regole di diversa provenienza, ma indirizzate a Stati in qualche modo legati a parte 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" (contenute in accordi a partecipazione ristretta di Stati) e che siano divergenti da quelle contenute in accordi a partecipazione più vasta (quelle 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<sup>82</sup> *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, ma, piuttosto che di gerarchia in senso tradizionale si può parlare di 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 nel contenuto), *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.

---

<sup>82</sup> Un primo tentativo di analizzare la questione sotto questo profilo, v.lo nel mio *Autodeterminazione dei popoli e successione di norme contrattuali: alla radice di un conflitto*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, 2005, pp. 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, BEN ACHOUR, *La nouvelle Charte arabe des droits de l'homme*, Giappichelli, Torino, 2005.

10. A sostegno di quanto affermato fin qui, due norme 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. 5, 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’uomo<sup>83</sup>.

10.1 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 convenzioni internazionali e consuetudini<sup>84</sup> *più favorevoli* di quelle convenzionali, sulla base della giustificazione che esse non sono presenti nella Convenzione stessa<sup>85</sup>. 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<sup>86</sup>, 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 da accordi internazionali ecc.*), questa si applica a

---

<sup>83</sup> 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 Carta araba sui diritti dell’uomo e l’art. 43 del progetto di nuova Carta araba sui diritti dell’uomo.

<sup>84</sup> Da intendere, a moi parere, come consuetudini locali interne o interstatali, ma non da ritenere riferita alle norme consuetudinarie internazionali.

<sup>85</sup> 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.

<sup>86</sup> 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”.

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<sup>87</sup>, 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": 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 di doverne tenere il debito conto.

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 della Convenzione più garantiste 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, non debba divenire a sua volta parte della stessa, per effetto del medesimo meccanismo modificando in conseguenza la stessa Convenzione<sup>88</sup>.

---

<sup>87</sup> 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.

<sup>88</sup> Come rilevato anche sopra qualcosa del genere accade ed è accaduto grazie alla giurisprudenza comunitaria, dove, per restare al caso citato *supra* nt. 81, 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

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<sup>89</sup>, 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<sup>90</sup>.

Molto simile a quella appena descritta, è la disposizione dell'art 53<sup>91</sup> del-

---

activites professionnelles ...; que, dans l'ordre juridique communautaire, il apparait de meme legitime de reserver a l'egard de ces droits l'application de certaines limites justifiees par les objectifs d'interet general poursuivis par la communaute, des lors qu'il n'est pas porte atteinte a la substance de ces droits...".

<sup>89</sup> Espressione usata in maniera analoga, da D'AMATO, *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!

<sup>90</sup> 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, coitamdo 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 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.

<sup>91</sup> 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

la Convenzione europea, abbastanza originale in quanto, realizzata prima delle convenzioni “universalì”, e che 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<sup>92</sup>.

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.

---

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 n° 64772/01)*, 9.11.2006, dove la Corte, pur non entrando nel merito del problema, 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*”.

<sup>92</sup> Questa logica si ritrova richiamata in particolare in vari casi della CEDU (v. *Vögt 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 *Vögt* 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...”. È 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”.

1-9.3 del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa<sup>93</sup>) vanno presi 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)<sup>94</sup> una norma più garantista non può *contemporaneamente* applicarne, legiferando, una che garantista lo sia di meno<sup>95</sup>.

10.2 Già solo quanto esposto fin qui, basterebbe a dimostrare il contenuto della mia tesi sui diritti dell'uomo come struttura. Ma, le norme in questione, lette alla luce dell'art. 30 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, assumono un significato ancora più chiaro 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.

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 dell'uomo, e inoltre, in quanto membri delle NU, sono sicuramente soggetti 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 pre-

<sup>93</sup> Non in vigore, ma sottoscritto e ratificato dall'Italia, con relativo ordine di esecuzione. 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 FILOSOFICI, ASSOCIAZIONE TERTIUM DATUM, *Le due Costituzioni*, Atti del Convegno 21.5.2005, Palazzo Serra di Cassano, Napoli, p. 49 ss.

<sup>94</sup> Cfr. *supra* § 6.

<sup>95</sup> La sentenza di cui alla nota 93, 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 ...".

valgono<sup>96</sup>; 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<sup>97</sup>, 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), *da'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 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.

11. A questo punto, la domanda da porsi sul piano pratico è: quali siano i

---

<sup>96</sup> 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".

<sup>97</sup> 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.

limiti in cui l'obbligo di rispetto dei diritti fondamentali<sup>98</sup>, 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<sup>99</sup>.

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<sup>100</sup> (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 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 risultante dalla 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.

---

<sup>98</sup> 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.*

<sup>99</sup> 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, pp. 387 ss.

<sup>100</sup> 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*, cit., pp. 29 ss.

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 cdd. biodiversità (e non solo di quelle dei Paesi cdd. “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.

L’ipotizzata situazione, la presunta illegittimità del relativo contratto ecc., non deriverebbe, dunque, da motivazioni di carattere etico o politico<sup>101</sup>, 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

---

<sup>101</sup> 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.

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, a mio parere di enorme importanza, impone, come noto, allo Stato (pena l'annullamento delle leggi in contrasto, successive o anche precedenti al formarsi della norma internazionale) di legiferare in maniera conforme al diritto internazionale.

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 essendole ormai anche quelle contrattuali, lo sarebbero quelle così come risultati dall'interpretazione proposta nelle pagine precedenti, sia pure in termini ancora abbastanza problematici.

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.

Ma su tutto ciò occorre maggiore e più approfondita ulteriore riflessione.