



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

SEDE AMMINISTRATIVA: UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

Dipartimento di diritto comparato

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

INDIRIZZO: IN DIRITTO INTERNAZIONALE "ALBERICO GENTILI"

CICLO XXII

**LA TUTELA INTERNAZIONALE DEI DIRITTI UMANI:
VERSO LA "COSTITUZIONALIZZAZIONE" DELL'ORDINE
INTERNAZIONALE?**

Direttore della Scuola : Ch.ma Prof.ssa Manuela MANTOVANI

Coordinatore d'indirizzo: Ch.ma Prof.ssa Alessandra PIETROBON

Supervisore :Ch.mo Prof. Andrea GATTINI

Dottorando : Davide ZARU

INDICE – SOMMARIO

ABBREVIAZIONI.....	7
INTRODUZIONE GENERALE.....	9
Struttura e metodologia	15
Definizioni preliminari.....	18

PRIMA PARTE VERIFICA CONCETTUALE

CAPITOLO I

CONCEZIONI DI COSTITUZIONALIZZAZIONE DELL'ORDINE INTERNAZIONALE 27

1. I concetti di costituzione, costituzionalismo e costituzionalizzazione	27
2. Il ricorso a nozioni costituzionalistiche nella dottrina internazionale	30
2.1. Formulazione iniziale del dibattito in dottrina.....	31
2.2. L'evoluzione del pensiero internazional-costituzionalista di Verdross	35
2.3. Teorie sulla costituzionalizzazione dell'ordine internazionale in rapporto alla Comunità internazionale e all'ordine pubblico comune.....	37
2.4. Teorie sulla costituzionalizzazione dell'ordine internazionale in rapporto alla Carta delle Nazioni unite.....	40
2.5. Teorie sulla costituzionalizzazione dell'ordine internazionale e multi-level constitutionalism.....	45
2.6. Recenti contributi sulla costituzionalizzazione dell'ordine internazionale nell'ambito della globalizzazione	46
2.7. Ipotesi di una costituzionalizzazione dell'ordine internazionale fondata su diritti umani e diritto internazionale degli scambi.....	49
2.8. Costituzionalizzazione internazionale e diritto amministrativo globale	51
3. Proposte di definizioni di costituzionalizzazione dell'ordine internazionale.....	53
3.1. Apprezzamento della dottrina	53
3.2. Le funzioni costituzionali svolte dal diritto dei diritti umani.....	57

CAPITOLO II

ESAME E CONFERMA DELLA CAPACITÀ DEL DIRITTO DEI DIRITTI UMANI DI SVOLGERE LE FUNZIONI COSTITUZIONALI DI CONTROLLO E ORIENTAMENTO DEL POTERE PUBBLICO..... 59

1. Il diritto dei diritti umani nel dibattito “monismo, dualismo-pluralismo” ed il suo superamento.....	59
1.1. Premesse sull'adattamento del diritto interno al diritto internazionale dei diritti umani	60
1.2. Una verifica da una prospettiva monista.....	63

1.3. Una verifica da una prospettiva dualista	65
1.4. Il ruolo degli organi giurisdizionali e quasi-giurisdizionali sui diritti umani nella promozione della continuità tra ordinamenti	67
1.5. La sentenza 349 della Corte costituzionale italiana e la sentenza della Corte costituzionale tedesca nel caso Görgülü a confronto.....	73
1.6. Conclusioni	79
2. Diritto dei diritti umani e dibattito costituzionalizzazione – frammentarietà del diritto internazionale....	80
3. Diritto dei diritti umani e regimi settoriali di diritto internazionale	88
4. Diritto dei diritti umani e dibattito regionalismo-universalismo.....	95
CONCLUSIONI DELLA PRIMA PARTE.....	103

**PARTE SECONDA
ASPETTI MATERIALI**

CAPITOLO I

DIRITTI UMANI E FONTI DEL DIRITTO INTERNAZIONALE..... 109

1. Diritti umani, diritto dei trattati e fenomeno dell'organizzazione internazionale.....	109
1.1. Interpretazione	115
1.2. Regime delle riserve	118
1.3. Estinzione.....	128
1.4. Successione degli Stati in relazione a trattati sui diritti umani	130
1.5. Applicazione territoriale	134
2. Diritti umani e diritto internazionale generale.....	137
2.1. Ricostruzione generale nella prassi e nella dottrina delle particolarità della formazione di norme di diritto internazionale generale relative ai diritti umani.....	138
2.2. Esempi di prassi nei sistemi di tutela dei diritti umani	141
3. Jus cogens e diritti umani	145
4. La questione della gerarchia dei diritti umani	154

CAPITOLO II

L'ATTUAZIONE DELLE NORME SUI DIRITTI UMANI TRA ACCERTAMENTO E CONTROLLO..... 154

1. Sistemi di garanzia, controllo e soluzione delle controversie interni ai trattati sui diritti umani	155
2. Complementarietà del regime della responsabilità relativo al diritto dei diritti umani e protezione diplomatica.....	157
3. Tutela dei diritti umani in base al regime generale della responsabilità.....	163
3.1. Oggettivizzazione della responsabilità e obblighi erga omnes	163

3.2. Titolarità da parte dell'individuo del diritto alla riparazione	165
3.3. L'impostazione del Progetto di articoli alla questione del danno	166
3.4. Le modalità relative all'invocazione della responsabilità	167
3.5. Diritti umani e contromisure	170
4. Regime speciale relativo alla violazione di obblighi di diritto cogente ed istituzionalizzazione dell'attuazione della responsabilità	173
5. La Responsabilità internazionale dell'organizzazione internazionale in relazione al diritto dei diritti umani	179
5.1. Obblighi sui diritti umani di cui sono destinatarie le organizzazioni internazionali	180
A. Diritto dei diritti umani applicabile alle Nazioni unite	184
B. Tra responsabilità e impegni volontari dell'organizzazione: lo spazio delle norme interne all'organizzazione	187
5.2. Rapporto tra responsabilità dello Stato e responsabilità organizzazioni internazionali	189
A. La questione della condotta del personale degli Stati membri distaccato in seno all'organizzazione	192
B. Esecuzione da parte degli Stati di atti vincolanti dell'organizzazione internazionale	194
5.3. Sviluppi recenti in materia di partecipazione da parte dell'organizzazione internazionale di strumenti internazionali in materia di tutela dei diritti umani	197
CONCLUSIONI DELLA SECONDA PARTE.....	201

**PARTE TERZA
ASPETTI ISTITUZIONALI**

CAPITOLO I

IL DIRITTI UMANI E FUNZIONI DELL'ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE - IL SISTEMA DEI DIRITTI UMANI DELLE NAZIONI UNITE.....

1. Considerazioni introduttive	207
2. Nazioni unite e standard-setting	213
3. Controllo e monitoraggio	216
3.1. I comitati di esperti indipendenti istituiti dai principali trattati sui diritti umani	216
A. Il "dialogo costruttivo" incentrato sulla presentazione di rapporti	217
B. Le comunicazioni inter-statali ed individuali	218
C. L'attuazione al livello nazionale delle decisioni dei comitati dei diritti umani su casi di specie	224
D. Le procedure di follow-up	227
E. I commenti generali	229
F. La riforma dei Treaty Bodies	231
G. La previsione di organi di controllo al livello nazionale	233

3.2. Il Consiglio dei diritti umani.....	234
A. Le Procedure speciali.....	235
B. La procedura “1503”.....	240
C. Lo Universal Periodic Review	241
CAPITOLO II	
IL SISTEMA DIRITTI UMANI DEL CONSIGLIO D’EUROPA E GLI ALTRI SISTEMI REGIONALI	245
1. La Convenzione europea dei diritti dell’Uomo.....	245
1.1. Il ruolo della CEDU nel contesto del sistema diritti umani del Consiglio d’Europa.....	245
1.2. Ricostruzione dottrinale del sistema CEDU da una prospettiva costituzionale.....	247
1.3. Evoluzione della prassi in materia di indicazione di misure di carattere generale	250
1.4. Le “decisioni pilota”	253
A. Origine e concettualizzazione	253
B. Critica.....	256
C. Le decisioni pilota come test della natura costituzionale della giustizia di Strasburgo	258
D. In merito all’adesione dell’Unione europea alla CEDU.....	261
2. Il sistema inter-americano per la tutela dei diritti umani.....	266
3. Il sistema africano per la tutela dei diritti umani	271
4. Altri sistemi regionali.....	276
5. Il dialogo e coordinamento tra i diversi sistemi di tutela dei diritti umani.....	279
5.1. Introduzione.....	279
5.2. Il ricorso da parte della Corte inter-americana ad altri sistemi	283
5.3. Il ricorso da parte della Commissione africana ad altri sistemi	286
CONCLUSIONI DELLA TERZA PARTE	289
CONCLUSIONI GENERALI.....	293
BIBLIOGRAFIA.....	303
ELENCO DELLA GIURISPRUDENZA INTERNAZIONALE	336
<i>Abstracts</i>	345

ABBREVIAZIONI

add.	Addendum
AG	Assemblea generale delle Nazioni unite
AJIL	American Journal of International Law
articolo	articolo
ASEAN	Association of South-East Asian Nations
BYIL	British Yearbook of International Law
CAT	Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment
CDI	Commissione del diritto internazionale
CdS	Consiglio di sicurezza delle Nazioni unite
CDU	Consiglio dei diritti umani delle Nazioni unite
CmDU	Commissione delle Nazioni unite sui diritti umani
CEDAW	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women
CEDU	Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali
CERD	Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination
CI	La Comunità internazionale
CIG	Corte internazionale di giustizia
CGCE	Corte di Giustizia delle Comunità europee
CIS	Commonwealth of Independent States
CMLR	Common Market Law Review
CPI	Corte penale internazionale
CSCE	Conference for the Security and Co-Operation in Europe
CoE	Consiglio d'Europa
ECOSOC	Consiglio economico e sociale delle Nazioni unite
ECtHR	Corte europea dei diritti umani
EJIL	European Journal of International Law
GYIL	German Yearbook of International Law
HILJ	Harvard International Law Journal
ICTY	International Criminal Tribunal for The Former Yugoslavia
ICRC	International Committee of the Red Cross-Red Crescent
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IYIL	Italian Yearbook of International Law
JCMS	Journal of Common Market Studies
LJIL	Leiden Journal of International Law
LSA	Lega degli Stati arabi
McGillLJ	MacGill Law Journal
NATO	Organizzazione del Trattato del Nord Atlantico
NJIL	Nordic Journal of International Law
NQHR	Netherlands Quarterly of Human Rights
NYUJIL	NY Journal of International Law and Politics

OECD	Organization for Economic Co-operation and Development
OCI	Organizzazione della Conferenza islamica
ONU	Organizzazione delle Nazioni unite
OSA	Organizzazione degli Stati americani
OSCE	Organization for Security and Co-operation in Europe
RdC	Recueil des Cours de l'Academie de droit international de L'Haye
RDI	Rivista di Diritto Internazionale
ReD	Revista española de derecho internacional
Ris.	Risoluzione
RGDIP	Revue général de droit international public
RIDU	Rivista internazionale dei diritti dell'uomo
SG	Segretario Generale delle Nazioni unite
TCE	Trattato istitutivo della Comunità europea
UE	Unione europea
UNECE	United Nations Economic Commission for Europe
UNHCR	UN High Commissioner for Refugees
UNTS	UN Treaty Series
UPR	Universal Periodic Review del Consiglio dei diritti umani delle Nazioni unite
UNJY	United Nations Juridical Yearbook
Va.J. Int'l L	Vancouver Journal of International Law
YaleJIL	Yale Journal of International Law

INTRODUZIONE GENERALE

La presente tesi si propone di esaminare il rapporto esistente tra lo sviluppo del diritto internazionale dei diritti umani ed il processo di costituzionalizzazione dell'ordine internazionale¹. In particolare esso si propone di rispondere a due quesiti:

1. Il corpus giuridico del diritto internazionale dei diritti umani (o una serie di norme ad esso afferenti) sta progressivamente assumendo un carattere “costituzionale”, o sta contribuendo ad un più ampio processo di costituzionalizzazione internazionale, da un punto di vista formale?
2. In parallelo, lo sviluppo dei sistemi internazionali (universali e regionali) di tutela dei diritti umani, corrisponde ad un fenomeno di costituzionalizzazione internazionale da un punto di vista istituzionale? Quali sono le implicazioni istituzionali del riconoscimento di una natura costituzionale di determinate norme sulla tutela dei diritti umani?

La nostra indagine studierà in primo luogo le risposte che la dottrina del XX secolo ha dato al quesito, soffermandoci in particolare sugli studi che più hanno contribuito all'affermarsi della tesi affermativa qui sostenuta². Per alcuni di questi studi, lo specifico tema del rapporto tra diritti umani e costituzionalizzazione internazionale ha assunto una particolare rilevanza in relazione al crescente interesse della dottrina giusinternazionalistica (e giuspubblicistica in genere³) per lo studio della crescita qualitativa e quantitativa nell'interazione tra gli ordinamenti nazionali e l'ordinamento internazionale⁴. In dottrina si tende spesso a registrare come le norme a tutela dei diritti umani – per ragioni dovute prevalentemente alla peculiare origine di tale

¹ Sul significato di costituzionalizzazione e costituzionalizzazione internazionale, v.si infra, capitolo I.1.

² Una esaustiva sintesi delle posizioni dottrinali seppure non aggiornata, è fornita da Bardo Fassbender, “The United Nations Charter as Constitution of the International Community”, 36 *Columbia Journal of Transnational Law* 1998, pagg. 529-619. V. anche Jan Klabbers, “Constitutionalism Lite”, 1 *International Organizations Law Review* 2004, pagg. 31-58 e Hélène Ruiz Fabri e C. Grewe, *La constitutionnalisation à l'épreuve du droit international et du droit européen*, in AA.VV., *Les dynamiques du droit européen en début de siècle, Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris: Pedone, 2004, pagg. 189–206.

³ Sul tema, si veda ad esempio l'edizione speciale, volume 18 – no.1, primavera 2006 della *European Review of Public Law*, contenente i contributi raccolti nell'ambito del seminario del 16-18 settembre 2005 dal titolo “L'internationalisation du droit public” - ed in particolare la comunicazione di Evangelos Venizelos “The Internationalisation of the Constitution and the Constitutionalisation of International Law on the Trajectory between Law and Politics”.

⁴ Ciò che Anne-Marie Slaughter definisce “transnational legal communication”: v. Id., “Judicial Globalization”, 40 *Va.J. Int'l L* 2000, pag.1103. come è dimostrato ad esempio dall'ipotesi relativa alla possibilità di configurare determinate norme di jus cogens come limite all'esercizio del potere pubblico al livello nazionale. Sul punto, v. ad esempio Erika De Wet, “The Prohibition of Torture as an International Norm of Jus Cogens and Its Implications for National and Customary Law”, 15/1 *EJIL* 2004, pagg. 97-121. V. anche Natalino Ronzitti, *L'adattamento dell'ordinamento italiano alle norme imperative del diritto internazionale*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli: Ed. Scientifica, vol. 1, 2003.

*corpus juris*⁵ - trovino riscontro nell'ordinamento internazionale e parallelamente negli ordinamenti interni; si è anzi messo in luce come le eventuali divergenze tra gli standards previsti da regimi diversi in relazione alle medesime situazioni giuridiche possano essere limitate da apposite tecniche, al livello nazionale come al livello internazionale⁶. E' stato poi affermato che il diritto dei diritti umani alimenterebbe l'osmosi tra ordinamenti tra loro non assimilabili e addirittura che esso possa costituire lo *jus gentium*, "soit des normes d'origine internationale [qui] constituent un fond commun de tous les ordres juridiques nationaux"⁷. Nello specifico sotto-tema dello sviluppo di un'identità costituzionale europea⁸ nell'ambito dello studio dell'interazione tra il diritto comunitario e gli ordinamenti nazionali, alcuni autori giungono a qualificare esplicitamente i diritti umani come un "link" o "trait d'union" tra ordinamenti diversi⁹.

E' immediatamente evidente che ogni valutazione di tali posizioni dottrinali dipenda anzitutto dall'impostazione adottata circa l'interpretazione della struttura della Comunità internazionale e dall'inquadramento del problema secondo la prospettiva dualista-pluralista o monista. Come avremo modo di vedere approfonditamente nella prima parte del lavoro, è significativo osservare che ad una prima fase in cui il dibattito dottrinale sulla costituzionalizzazione dell'ordine internazionale si era innestato in quelle teorie che concepiscono il diritto internazionale come "diritto pubblico decentrato"¹⁰ della Comunità internazionale, tale dibattito si sia presto riorientato tra le teorie che si propongono di mantenere - almeno concettualmente - una distinzione tra ordinamenti interni e sistema internazionale¹¹, e quelle che suggeriscono il superamento di una rigida dicotomia¹².

⁵ Dapprima negli ordinamenti interni (a partire dalla fine del XVIII secolo) e quindi nell'ordinamento internazionale (in particolare in seguito allo svilupparsi del fenomeno dell'organizzazione internazionale ed in particolare con l'adozione della Carta delle Nazioni unite e della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo). Successivamente al 1948 si ha in un certo senso un processo inverso, per cui gli Stati parti di strumenti internazionali (o regionali) sui diritti umani sono tenuti ad adeguare la propria legislazione interna ai rispettivi standards.

⁶ V. Gerald L. Neuman, "Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance", 55/5 *Stanford Law Review* 2003, pagg. 1863-1900. Da una prospettiva, critica, statunitense, si veda Ernest A. Young, "The Troubles with Global Constitutionalism", 38/3 *Texas International Law Journal* 2003, pagg. 527-545.

⁷ Osservò Louis Henkin che « human rights is one of the bridges between constitutional law and international law » : cfr. "The Age of Rights", 19 *Columbia Law Observer* 1990.

⁸ V. Wojciech Sadurski, *European Constitutional Identity*, EU Working papers, 2006/33, disponibile in rete attraverso www.ppl.nl (ultimo accesso: 9 agosto 2007).

⁹ V. Bruno de Witte: *European Treaty Revision: A Case of Multilevel Constitutionalism*, pag. 59, in Ingolf Pernice e Jiri Zemánek, (a cura di), *A Constitution for Europe : The IGC, the Ratification Process and Beyond*, Baden-Baden: Nomos, 2005. V. anche Armin von Bogdandy, "The European Union as a Human Rights Organization?: Human Rights and the Core of the European Union", 37/6 *CMLR* 2000, pagg. 1307-1338.

¹⁰ Secondo l'espressione di Arangio-Ruiz in *The Normative Role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations*, RdC, 137 (1972), no. III, pagg. 638-640.

¹¹ V. Anne-Marie Slaughter e William Burke-White, "The Future of International Law is Domestic (or, the European Way of Law)", 47/2 *Harvard International Law Journal* 2006, pagg. 327-352.

¹² Sul punto, v. Gráinne De Búrca e Oliver Gerstenberg, "The Denationalization of Constitutional Law", 47/1 *Harvard International Law Journal* 2006, pagg. 243-262, pag. 244. Secondo von Bogdandy, anche Tomuschat (a pagina 237 del suo corso generale presentato a L'Aja - *Obligations Arising for States Without or Against their Will*, 241 RdC 1993) cerca il superamento del dibattito monista - dualista, quest'ultimo qualificato come "fairly illusory": v. Armin von Bogdandy,

Già da queste prime notazioni risulta evidente come l'analisi rimanga largamente ancorata ad una certa prospettiva teorica: occorre infatti riconoscere - con Peters - che "the constitutionalist reading of current international law is, on the one hand, an academic artefact¹³", per quanto ormai privo di un "romantic campaigning element¹⁴" e votato principalmente ad una analisi realista dello stato dell'arte dell'ordinamento internazionale".

Questo spiega anche come tale corrente dottrinale sia stata oggetto di critiche, di cui è difficile negare la stringenza. Il maggiore appunto critico messo in luce in dottrina è come in ultima istanza non si sia ancora verificato un "cambiamento sociologico¹⁵" della Comunità internazionale tale da portare a ritenere esistente o imminente un processo di costituzionalizzazione dell'ordine internazionale. Non mancano autori i quali contestano alla radice non solo i risultati bensì i presupposti teorici di tali teorie. In particolare, Allott, laddove cerca di riferire al diritto internazionale una nozione di costituzione¹⁶ fondata su sei principi (rispettivamente: il diritto fa parte di un processo sociale complessivo; il diritto è dinamico; ogni potere giuridico è potere delegato; ogni potere giuridico è limitato; ogni potere sociale è soggetto al diritto; ogni potere giuridico è tale nell'interesse sociale¹⁷) e verifica il grado di attuazione di tali principi in seno all'ordinamento internazionale, finisce per concludere che nessuna costituzione si manifesti attualmente nell'ordinamento internazionale¹⁸. Arangio-Ruiz contesta la correttezza come anche la validità interpretativa delle teorie costituzionalistiche nel momento in cui nega il fatto che si possa concepire il diritto internazionale – sistema normativo *sui generis* delle relazioni fra Stati, enti originari e sovrani - come diritto pubblico dell'umanità e gli Stati come organi-agenti di una Comunità internazionale organizzata. Arangio dimostra anche l'infondatezza dei vari corollari cui perviene tale impostazione dottrinale, in relazione in particolare alla natura interindividuale della *constituency* del diritto internazionale e all'ipotesi dell'idoneità di un accordo interstatale a modificare nella sostanza la struttura

"Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany", 47/1 *Harvard International Law Journal* 2006, pag. 228. V. anche Patrick Daillier, *Monisme et dualisme: un débat dépassé?*, in Rafâa Ben Achour; Slim Laghmani; S. Belaïd (a cura di), *Droit international et droits internes, développements récents*, Paris, Pedone, 1998, pag. 9. Inoltre, Torkem Opsahl rileva come non esistano ragioni strutturali perché un 'approccio costituzionalistico' al diritto internazionale non potesse essere sviluppato in ambito dualista: "An International Constitutional Law ?", 10 *ICLQ* 1961, pagg. 764-765

¹³ Ma, continua: "[i]t is however, no mere deduction from wishful thinking, but induced by manifold general developments in international law", sostenendo, in nota, che "[...] for sure, the constitutionalist reconstruction has a creative moment, simply because it lays emphasis on certain characteristics of international law [...]. If we accept the hermeneutic premise that a naked meaning of a text, independent of the reader, does not exist, then the reconstruction of some portions of international law as international constitutional law is just an ordinary hermeneutic exercise. It is not distortion of norms which are "objectively" something else, but a legitimate form of interpretation": cfr. Anne Peters, "Compensatory constitutionalism...", *cit.*, pag. 605.

¹⁴ Cfr. Marc Weller, *The Struggle for an International Constitutional Order*, in *Routledge handbook of international law*, London: Routledge, 2009, pag. 181.

¹⁵ Il riferimento è a Gaetano Arangio-Ruiz, Postfazione, in *Introduzione*, Laura Picchio Forlati, *Le Nazioni unite*, Torino: Giappichelli, 1998, pagg. 221ss.

¹⁶ V. Philip Allott, *Eunomia – New Order for a New World*, Oxford [etc]: Oxford University Press, 1990, pagg. 135-136.

¹⁷ Ivi, pag. 168.

¹⁸ Ivi, pag. 298.

dell'ordinamento internazionale¹⁹.

Ancora, si rileva come Cina, India, Federazione Russa e Stati Uniti – per citare solo alcuni esempi macroscopici - esprimano talora, e per alcuni osservatori si tratterebbe di un fenomeno strutturale, una condotta internazionale disfunzionale rispetto all'affermazione di un ordine pubblico mondiale. Questo comporta la possibilità di parlare di una costituzionalizzazione dell'ordine internazionale solo nel senso di una “verticalizzazione” del sistema internazionale, secondo la teoria prospettata da *Picone*, la quale si fonda su una valutazione di fatto dei rapporti di forza esistenti nel sistema contemporaneo delle relazioni internazionali e sul ruolo egemone svolto da alcune Potenze in un rovesciamento di prospettiva del ruolo che le Nazioni unite ed in particolare il Consiglio di sicurezza possono svolgere²⁰. Per altri, invece, lo stesso progetto internazional-costituzionalista sarebbe intrinsecamente eurocentrico ed egemonico²¹ e favorirebbe il rafforzamento di una classe dirigente internazionale il cui operato è privo di adeguate forme di controllo democratico²². Infine, secondo una visione statalista del concetto di costituzione - in base alla quale l'esistenza dello Stato è giustificata dalla partecipazione ad un contratto sociale di tutti i cittadini, i quali vivono sotto *una* sola costituzione in un sistema politico indipendente ed auto-sufficiente rispetto all'esterno - è impossibile concepire l'emergere di una costituzione internazionale²³.

Anche *Koskenniemi* sottolinea come allo stadio attuale di sviluppo della società internazionale, sono gli Stati nazionali a costituire in via principale il *pouvoir-constituant* e a partecipare direttamente ai processi di produzione normativa e di esecuzione: di conseguenza, se è vero che il costituzionalismo “as we know it from the national context, relies on some basic understanding of the common good, some sense of a law as a shared project for a reasonably clearly defined (and often historically informed) objective, [...] in the international world, there is no semblance of this beyond the languages of diplomacy and positive law whose very fragmentation and indeterminacy provided the starting-point for the search for an (implicit) constitution²⁴”.

¹⁹ Oltre alla sopraccitata postfazione, v. anche – in particolare - Gaetano Arangio-Ruiz, “The Federal Analogy and UN Charter Interpretation: A Crucial Issue”, 8/1 *EJIL* 1997, pagg. 1-28; Gaetano Arangio-Ruiz, *Le domaine réservé: l'organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne*, 225 *RdC* 1993, pagg. 9-484.

²⁰ Per tale impostazione, v. in particolare Paolo Picone, “Le autorizzazioni all'uso della forza tra sistema delle Nazioni Unite e diritto internazionale generale”, 88/1 *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2005, pagg. 5-75 e Paolo Picone, “Obblighi erga omnes e codificazione della responsabilità degli Stati”, 4 *RDI* 2005, pagg. 893-954.

²¹ Di quest'opinione Martti Koskenniemi, in Id. “International Law and Hegemony: A Reconfiguration”, 17 *Cambridge Review of International Affairs* 2004; v., anche “The Fate of International Law”, *cit.*, pag.19.

²² E' consapevole di quest'argomentazione von Bogdandy: Id., “Constitutionalism in International Law”, *cit.* pag. 242, nota esclusa.

²³ Poyares Maduro osserva che “as a consequence of the limits of national constitutionalism, there is no a priori higher claim of validity for national constitutionalism vis-à-vis European constitutionalism”: cfr. Miguel Poyares Maduro, *Europe and the Constitution: What if This is as Good as It Gets?*, pag.101, in Joseph Weiler e Marlene Wind, *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge [etc.]: Cambridge University Press, 2003.

²⁴ Cfr. Martti Koskenniemi, “The Fate of Public International Law”, *cit.*, pag. 19.

Scopo del presente studio è tuttavia dimostrare come l'incapacità, allo stato attuale, di realizzare il consenso attorno al riconoscimento di una costituzione internazionale, o di un'unica costituzione internazionale, non comporti affatto la conseguenza che diverse norme di diritto internazionale non possano svolgere determinate funzioni costituzionali. A nostro avviso, il fatto di riconoscere allo stato il fatto che l'ordinamento internazionale preveda lo svolgimento di funzioni costituzionali è indicativo di un cambiamento strutturale in atto della società internazionale e non esclude pertanto la configurazione in futuro di una costituzione internazionale in senso organico e formale totale.

In un secondo tempo, la presente ricerca cercherà di fornire un'interpretazione originale delle modalità attraverso le quali il diritto dei diritti umani ha contribuito al formarsi di un diritto internazionale costituzionale, soffermandosi non solo sul dato formale dell'impatto dei diritti umani nella trasformazione del corpus normativo generale dell'ordinamento internazionale, ma anche in particolare sul controllo delle funzioni di governance svolto dal diritto dei diritti umani, al livello nazionale ed internazionale, nonché sull'impatto della funzione di orientamento della governance per la promozione di determinati principi valoriali.

Come è noto, la valutazione dell'impatto dei diritti umani sul 'tronco comune' del diritto internazionale ha costituito l'oggetto di indagini, recenti e sistematiche, di diversi studiosi giusinternazionalisti, i quali tuttavia non sempre hanno ritenuto necessario fare ricorso alle nozioni di costituzione o costituzionalizzazione internazionali²⁵. Queste analisi in generale dimostrano la centralità dei diritti umani nella ricostruzione del concetto di Comunità internazionale e nella definizione di "interessi comunitari", i quali si impongono agli Stati a prescindere da un loro consenso, o alternativamente con il loro tacito consenso²⁶. Rispetto a questi studi, riteniamo tuttavia che una chiave di lettura costituzionalistica del ruolo dei diritti umani nel controllo della governance presenti un valore aggiunto, che consiste nella maggiore capacità di fornire un'interpretazione soddisfacente dell'attuale fenomeno di osmosi normativa tra ordinamenti nazionali ed ordinamento internazionale.

²⁵ Cfr. Theodor Meron, *Introduction, International Law in the Age of Human Rights*, 310 *RdC* 2004, pag. 22; Martin Scheinin e Menno Kamminga (a cura di), *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford: OUP, 2009. Secondo Virally, "[...] la protection internationale des droits de l'homme constitue une véritable mutation et non pas une simple étape dans cette évolution. La différence fondamentale qui est introduite ici vient de ce que la protection internationale des droits de l'homme implique la négation de la théorie des deux sphères sur laquelle [...] s'était édifié le droit international classique cfr. id, *Droits de l'Homme et théorie générale du droit international*, in René Cassin *amicorum discipulorumque liber*, t.4, *Méthodologie des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 1969, pag. 327. Similmente, Reisman ha affermato che "The international human rights program is more than a piecemeal addition to the traditional corpus of international law, more than another chapter sandwiched into traditional textbooks of international law [...] it works qualitative changes in virtually every component": cfr. Michael Reisman, "Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law", 84 *AJIL* 1990, pag. 872. Tuttavia, per una analisi seppure sintetica del rapporto tra diritti umani e costituzionalismo internazionale, v. Stephen Gardbaum, "Human Rights as International Constitutional Rights", 4 *EJIL* 2008, pag. 749.

²⁶ V. Benedetto Conforti, "Specificità della materia dei diritti umani e diritto internazionale", 1 *Diritti umani e diritto internazionale* 2007, pag. 13.

L'utilità di analizzare lo sviluppo dei diritti umani da una prospettiva costituzionalistica si giustifica ancor più con riferimento all'ultimo degli aspetti citati sopra, ossia lo svolgimento della funzione costituzionale dell'orientamento della governance. Le analisi giuridiche dell'evoluzione del diritto dei diritti umani tendono infatti a concentrarsi sugli aspetti materiali del diritto dei diritti umani e sul funzionamento dei soli organi di controllo convenzionali dotati della capacità di adottare decisioni vincolanti per gli Stati contraenti. Spesso, tuttavia, tali analisi trascurano altri meccanismi di controllo quasi-giurisdizionale, nonché il rapporto stretto tra tali meccanismi ed i processi politici e diplomatici di promozione dei diritti umani, siano essi di natura unilaterale, bilaterale o istituzionalizzati nel quadro delle attività di diverse organizzazioni internazionali intergovernative. Ci sembra che un'approfondita analisi dell'interazione di queste varie istanze, che finora manca in dottrina, sia necessaria al fine di apprezzare correttamente la natura degli obblighi istituiti dalle norme dei diritti umani, le modalità di attuazione di tali norme così come gli effetti giuridici derivanti dalla violazione di tali norme. A nostro parere tale approccio è indispensabile per potere apprezzare appieno la complessità dei sistemi universali e regionali di promozione e di protezione dei diritti umani, che va ben al di là del dato formale della codificazione di un corpus giuridico, pur estremamente vasto, di tutela dei diritti umani ad opera delle Nazioni unite ²⁷.

Da queste considerazioni discende la particolare rilevanza data nel presente lavoro agli aspetti istituzionali dell'impatto dei diritti umani sulla costituzionalizzazione internazionale, e che costituisce la terza e conclusiva parte del lavoro. Se è vero che, in teoria, una costituzione vivente può anche prescindere da qualsiasi dato istituzionale, è altrettanto vero che nozioni costituzionalistiche siano emerse per prime nelle ricerche di diritto internazionale di inizio del secolo scorso in relazione al fenomeno nuovo dell'organizzazione internazionale²⁸. Si trattava infatti di studi che facevano riferimento al ricorso ai termini di 'costituzione' e all'aggettivo 'costituzionale' nell'intitolazione dei trattati istitutivi di determinate organizzazioni internazionali, come la Costituzione dell'Organizzazione internazionale del lavoro o quella dell'Organizzazione mondiale della sanità²⁹. Similmente, nel diritto internazionale del secondo

²⁷ Non è incoraggiante il dover riconoscere lo spazio marginale dedicato al consolidamento e allo sviluppo dell'agenda delle Nazioni unite per i diritti umani nel quadro della riforma complessiva dell'Organizzazione: si pensi solo al fatto che il documento conclusivo del Summit del 2005 dedica sì ai diritti umani uno dei suoi quattro capitoli principali, ma concentrandosi quasi esclusivamente sugli aspetti organizzativi funzionali della machinery universale dei diritti umani, ignorando o quasi gli aspetti del dibattito qui adombrato. V. risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni unite 60/1 del 16 settembre 2005. Per un commento v. Emmanuel Decaux, "The universal implementation of international human rights treaties", final report prepared by the Special Rapporteur responsible for conducting a detailed study of the universal implementation of international human rights treaties, documento delle Nazioni unite A/HRC/Sub.1/58/5, pag. 10.

²⁸ Friedman sostenne che "[i]f mankind is to achieve a more effective international organisation [...] the development must be from international towards constitutional law": cfr. Wolfgang Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, London: Stevens & Sons, 1964, pag.113.

²⁹ FV. Eric Suy, *The Constitutional Character of Constituent Treaties of International Organizations and the Hierarchy of Norms*, in Ulrich Beyerlin et alii (a cura di), *Festschrift für Rudolf Bernhardt*, 1995, pag. 268. Franck ha affermato che il diritto delle organizzazioni internazionali è essenzialmente diritto costituzionale, [...] non solo in quanto descrittivo

dopoguerra, categorie costituzionali sono state variamente impiegate dalla Commissione del diritto internazionale³⁰ e singoli membri della Corte internazionale di giustizia³¹ nel momento in cui prospettavano la possibilità che le competenze di un'organizzazione inter-governativa potessero essere estese facendo ricorso ad un'interpretazione teleologica del relativo trattato istitutivo³². Anche al livello regionale, il linguaggio costituzionale è stato utilizzato in relazione a trattati che avevano dato vita ad un corpus normativo dotato di organi internazionali di controllo, come il Trattato che istituisce le Comunità europee, spesso descritto dalla Corte di Lussemburgo come “carta costituzionale³³”, o la Convenzione europea dei diritti dell' uomo, definita dalla Corte di Strasburgo nel caso *Loizidou*, “a constitutional instrument of European public order in the field of human rights³⁴”.

Struttura e metodologia

Il primo obiettivo di ricerca consiste nel ricostruire nella dottrina le definizioni di diritto internazionale costituzionale e le modalità attraverso cui esso si rapporti al diritto internazionale – generale e pattizio – di natura cogente, alle norme istitutive di obblighi *erga omnes* e al diritto derivato delle Nazioni unite. Secondo alcuni, e dobbiamo sottolineare come soltanto pochi autori abbiano esplicitato una posizione precisa a questo riguardo, le norme a tutela dei diritti umani – seppure abbiano raggiunto uno status che le eleva ad un rango superiore a quello di altre norme previste nel diritto internazionale pattizio – si collocano ad un livello intermedio tra

delle regole interne che disciplinano le attività delle istituzioni e società, ma perché trattato dai giuristi differentemente rispetto agli altri corpi giuridici - nello specifico come se fosse capace di crescita organica: v. Thomas M.Franck, *Book Review*, 77 *Harvard Law Review* 1964, commento a Derek W. Bowett, *The Law of International Institutions*, London : Stevens, 1963, citato in Bardo Fassbender, “The United Nations Charter as Constitution of the International Community”, *cit.*, pag. 539. Allora si direbbe che gli Stati hanno bisogno di previsioni costituzionali necessarie per verificare che il Leviatano internazionale non imponga scelte scorrette: sul punto v. Mark Weller, “The Reality of an Emerging Universal Constitutional Order”, 10 *Cambridge Review of International Affairs* 1997, pag. 61.

³⁰ A questo proposito, Fassbender osserva come la Commissione di diritto internazionale, in seguito all'analisi del Rapporto di Sir Humphrey Waldock sul diritto dei trattati, abbia adottato la nuova stesura dell'articolo 3, paragrafo 4, il 22 giugno 1962, constatando che “[n]el caso delle organizzazioni internazionali, la capacità di concludere trattati dipende dalla *costituzione* dell'organizzazione interessata”: v. 240 *Yearbook of the International Law Commission* 1962, corsivo aggiunto.

³¹ Nota la posizione del Giudice *Alvarez* – nell'opinione dissenziente al Parere consultivo del 1951 sulle riserve alla Convenzione sulla prevenzione e punizione del crimine di genocidio - disponibile anche attraverso il link <http://www.icj-cij.org/docket/files/12/4289.pdf> (ultimo accesso: 31 agosto 2007).

³² A questo proposito, Skubiszewski ha sostenuto che “la percezione della Carta come costituzione [...], con una sua enfasi sui principi dell'organizzazione, è favorevole al metodo teleologico e all'applicazione della dottrina dei poteri impliciti”: cfr. Krzysztof Skubiszewski, *Remarks on the Interpretation of the United Nations Charter*, in Rudolf Bernhardt *et alii* (a cura di), *Völkerrecht als Rechtsordnung-Internationale Gerichtsbarkeit-Menschenrechte:Festschrift für Hermann Mosler*, Berlin: Springer-Verlag,1983, pagg. 891 – 893.

³³ V. Corte di giustizia delle Comunità europee, Sentenza del 23 aprile 1986, *Les Verts / Parliament*, Rec.1986, pag.1339. Sulla dimensione costituzionale del Trattato che istituisce la Comunità europea, v. Ingolf Pernice, “Multilevel Constitutionalism...”, *cit.*, pag. 711 e ss. V. anche Laura Picchio Forlati, *Il fondamento giuridico dell'Unione Europea: trattato o costituzione?*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli: Ed. Scientifica, vol. 2, 2003, pagg. 1377-1386.

³⁴ V. Corte europea dei diritti umani, (obiezioni preliminari) della Grande Camera del 23 marzo 1995, *Loizidou c. Turchia*, Sentenza caso 15318/89, serie A, no 310, par. 75.

norme costituzionali e norme non-costituzionali³⁵. Tale ricostruzione, la quale fa specifico riferimento all'articolo 60 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati³⁶, sottolinea la perenne complessità del tema dell'inquadramento del diritto internazionale dei diritti umani nel diritto internazionale pubblico³⁷: ciò vale a maggior ragione se si conviene con quanti affermano che anche il diritto internazionale dei diritti umani sarebbe soggetto allo stesso fenomeno di frammentazione che caratterizzerebbe altri settori del diritto internazionale pubblico³⁸.

Se poi si concorda con coloro che evidenziano il contributo dell'emergere e consolidamento di elementi gerarchici nel sistema delle fonti del diritto internazionale sul processo di "riconciliazione delle tendenze di costituzionalizzazione e frammentazione"³⁹ materiale della dimensione materiale del da tale prospettiva. Secondo *Walter*, il fatto che ad una riscontrabile progressiva costituzionalizzazione dal punto di vista normativo e che alla presenza nel sistema internazionale di elementi e funzioni costituzionali e regimi dotati di costituzioni parziali non corrisponda la creazione di cosiddette 'strutture gerarchiche costituzionali'⁴⁰, determina la conclusione che sia difficile concepire allo stato attuale di sviluppo del diritto internazionale una costituzione della Comunità internazionale⁴¹. Quest'ultima riflessione ci porta al secondo aspetto che riteniamo centrale nella presente tesi, ossia l'analisi e valutazione dello sviluppo (o il consolidarsi), di quelle istituzioni internazionali⁴² che sarebbero responsabili della produzione, dell'attuazione e del controllo del diritto dei diritti umani. E' qui immediato il riferimento alle Nazioni unite, le quali in definitiva agirebbero nelle parole di *Cassese* "in the interest and on behalf of the whole world community, of which it is the legitimate representative"⁴³ e soprattutto, come ricorda *Pellet*, sono all'origine di numerose norme

³⁵ V., *inter alia*, Stefan Kirchner, "Relative Normativity and the Constitutional Dimension of International Law: A Place for Values in the International Legal System?", 5/1 *German Law Journal* 2004, pagg. 47-64. Una posizione simile in Anne-Marie Slaughter e William Burke-White, "An International Constitutional Moment", 43/1 *Harvard International Law Journal* 2002, pagg. 1-21. Sullo stesso tema v. anche J.H.H. Weiler e Andreas L. Paulus, "The Structure of Change in International Law or Is There a Hierarchy of Norms in International Law?", 8/4 *EJIL* 1997, pagg. 545-565 (Weiler e Paulus definiscono tali previsioni "super norms").

³⁶ L'articolo, intitolato *Termination or suspension of the operation of a treaty as a consequence of its breach*, specifica che "[p]aragraphs 1 to 3 do not apply to provisions relating to the protection of the human person contained in treaties of a humanitarian character, in particular to provisions prohibiting any form of reprisals against persons protected by such treaties", corsivo aggiunto.

³⁷ V. Peter J. Spiro, "Treaties, International Law, and Constitutional Rights", 55 *Stanford L. Rev.* 2003 pag. 2021. Più in generale, sul tema, v. Bruno Simma, *International Human Rights and General International Law: A Comparative Analysis, Collected courses of the Academy of European Law*, The Hague: Nijhoff, 1995, pagg. 153-236.

³⁸ Walter – tra altri – suggerisce come non esista "[...] a common international human rights standard that could be applied to the different international regimes": cfr. Christian Walter, "Constitutionalising (inter)national Governance", *cit.*, pag. 201.

³⁹ Cfr. Stefan Kirchner, *International Constitutional Law: Hierarchy and Relative Normativity in Today's and Tomorrow's International Law*, Diploma Thesis in International Law, Law Faculty of Helsinki University, Summer 2003 (accessibile tramite www.ppl.nl, ultimo accesso 2 settembre 2007), pag. 2; sul tema v. anche Matthew Craven, "Legal Differentiation and the Concept of the Human Rights Treaty in International Law", 11/3 *EJIL* 2000, pagg. 489-519.

⁴⁰ Cfr. Christian Walter, "Constitutionalising (inter)national Governance", *cit.*, pag. 195.

⁴¹ V. Christian Walter, "Constitutionalising (inter)national Governance", *cit.*, pag. 201.

⁴² Per una discussione sul lessico maggiormente appropriato, v. Armin von Bogdandy, "Constitutionalism in International Law...", *cit.*, pag. 241.

⁴³ Cfr. Antonio Cassese, *International Law in a Divided World*, Oxford: Clarendon, 1986, pag. 159.

imperative e costituiscono un “puissant facteur ou ferment d’unification de la société internationale au-delà des souverainetés étatiques⁴⁴”.

Nell’affrontare la dimensione istituzionale (o organica) del dibattito in parola, alcuni autori fanno riferimento a quella funzione tipica delle costituzioni negli ordinamenti interni consistente nella previsione di regole relative alla divisione dei poteri; è chiaro tuttavia che ogni parallelo teorico tra le funzioni svolte principalmente da Assemblea generale/Consiglio di sicurezza/Corte internazionale di giustizia con la struttura della divisione dei poteri propria del diritto interno avrebbe una limitata utilità esplicativa⁴⁵. Simili considerazioni possono essere svolte con riferimento agli organi previsti da trattati istitutivi di organizzazioni inter-governative regionali. E’ il considerare altre funzioni costituzionali, svolte dal diritto dei diritti umani, ossia la tutela dei diritti dell’individuo e delle collettività e l’orientamento della governance secondo determinati obiettivi⁴⁶, che potrebbe offrire degli argomenti convincenti a sostegno dell’affermazione che vuole il consolidarsi di istituzioni e meccanismi internazionali deputati alla tutela dei diritti umani corrispondere ad un fenomeno di costituzionalizzazione dell’ordine internazionale anche da un punto di vista organico-istituzionale. La stessa crescente collaborazione tra Nazioni unite e organi responsabili del controllo del rispetto e dell’attuazione degli accordi regionali relativi alla protezione e promozione dei diritti umani, se non addirittura i processi in corso di promozione di forme istituzionalizzate di coordinamento tra i sistemi regionali⁴⁷, in quanto tendenze al rafforzamento sistemico della “machinery” universale per la promozione e protezione dei diritti umani, potrebbero essere interpretate come riprova dell’ipotesi costituzionale. Una letteratura più recente sul costituzionalismo internazionale si concentra proprio sull’esame dei rapporti di interazione tra regimi di tutela diversi – afferenti ai diversi livelli (nazionale - e sub-nazionale - internazionale e sopranazionale): in particolare,

⁴⁴ Cfr. Alain Pellet, *Propos Introductifs*, pag.177, in Régis Chemain e Alain Pellet (a cura di), *La Charte des Nations unies, Constitution Mondiale?*, *op.cit.*: il riferimento è agli articoli 26, 33, 42 e 48 degli articoli della Commissione di diritto internazionale sulla responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti.

⁴⁵ Come esplicitamente messo in luce da Jean Marc Sorel, “La répartition des compétences entre les organes des Nations Unies: pour un agencement évolutif hors modèle”, in Régis Chemain e Alain Pellet (a cura di), *La Charte des Nations Unies...*, *op.cit.* Ciò porta Dupuy a sostenere che “[l]’enjeu véritable de la « constitutionalité » de la Charte dans sa dimension organique n’est pas alors à rechercher d’abord dans la quête improbable d’un semblant de séparation des pouvoirs entre les organes. Il est plutôt de s’interroger sur l’inconstance inhérente à cet organe politique chargé de compétences juridiques en vertu du Chapitre VII qu’est le Conseil de sécurité”: cfr. Pierre-Marie Dupuy, *Ultimes remarques*, in Régis Chemain e Alain Pellet (a cura di), *La Charte des Nations unies...*, *op.cit.* pag.226. Ciò nonostante, su un simile esercizio si sofferma Simma in *From Bilateralism to Community Interest*, *cit.*, pagg. 262-283.

⁴⁶ La tutela dei diritti umani costituisce un elemento centrale del costituzionalismo settecentesco, come è ben messo in rilievo dall’articolo 16 della Dichiarazione sui diritti dell’uomo e del cittadino: v. *infra*, pag. 47.

⁴⁷ V. Anthony Arnall, *Protecting Fundamental Rights in Europe’s New Constitutional Order*, in Takis Tridimas e Paolisa Nebbia (a cura di), *European Union Law for the Twenty-First Century : Rethinking the New Legal Order*, Oxford [etc.]: Hart, 2004, pag.105 e ss. Si veda in proposito, l’articolo 53 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (Livello di protezione), *Gazzetta ufficiale* C 364 , 18/12/2000, pagg.1 – 22. Al livello istituzionale, ad esempio, si considerino le previsioni relative al coordinamento tra l’Agenzia dei diritti fondamentali dell’Unione europea ed il Consiglio d’Europa sia nel Regolamento istitutivo dell’Agenzia (n°168/2007 del 15 febbraio 2007) e nel Progetto di *Memorandum of understanding* tra le due organizzazioni regionali (documento CoE CM-SUIV13(2007)8 rev del 9 maggio 2007).

l'approccio del multi-level constitutionalism⁴⁸ si propone di ricollegare la dimensione istituzionale della costituzionalizzazione dell'ordine internazionale al processo di 'ri-allocazione' delle funzioni di governance internazionale tra entità politiche eterogenee⁴⁹. Un'analisi di tale ipotesi dalla prospettiva della tutela dei diritti umani si dimostra anche in questo caso particolarmente pertinente, com'è dimostrato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, uno strumento normativo che da una parte riconosce e codifica determinati diritti umani e dall'altra verifica che le garanzie costituzionali al livello nazionale non siano oltrepassate⁵⁰. In questo senso, sembra inevitabile che un discorso sul rapporto tra diritti umani e costituzionalizzazione – rappresentando quest'ultimo un processo che si fonda sull'emergere o il consolidarsi di valori condivisi dalla Comunità internazionale nel suo insieme e sul fatto che la Comunità internazionale costituisca una comunità di diritto – implichi una attualizzazione del concetto di sovranità⁵¹.

Gli apporti critici qui menzionati saranno sempre tenuti presenti nel corso del lavoro che ci accingiamo a svolgere, al fine di valutare nel modo più rigoroso l'esistenza e l'apporto di ciascun elemento indiziario a favore dell'impatto del diritto internazionale dei diritti umani sulla costituzionalizzazione dell'ordine internazionale, tanto nella sua dimensione normativa (parte seconda della tesi) quanto in quella istituzionale (terza parte).

Definizioni preliminari

Prima di iniziare, è tuttavia indispensabile premettere alcune nozioni relative al diritto dei diritti umani nonché alcune definizioni preliminari dei concetti di costituzionalizzazione, di Comunità internazionale e di ordine internazionale.

⁴⁸ V. infra, pag. 37.

⁴⁹ Si tratta di ciò che Habermas ha definito "postnational constellation": v. Jürgen Habermas, *The Postnational Constellation: Political Essays*, Cambridge: MIT Press, 2001.

⁵⁰ La Carta rappresenta quindi "il limite costituzionale al processo dell'integrazione europea", osserva Miguel Poyares Maduro, che parla di "paradosso della Carta dei diritti fondamentali": Id., *The Double Constitutional Life of the Charter of Fundamental Rights*, pag. 288 in Natividad Fernández Sola, *Union Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, Madrid: Dykinson, 2004.

⁵¹ Kingsbury ad esempio sostiene che "discarding sovereignty in favour of a multifaceted, functional-contractual system of rule-making in a diverse international community could lead to larger inequalities in and between societies, and a legitimisation of interventionist or otherwise coercive activities in other countries that reflect struggles and dilemmas in politics in the West": cfr. Benedict Kingsbury, "Sovereignty and Inequalities", 9 *EJIL* 1998, pag. 599. V. anche Gunther Teubner, *Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory?*, in Christian Joerges *et alii* (a cura di), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford [etc.]: Hart, 2004. Ma ciò non costituisce un elemento determinante contro l'ipotesi di una ricostruzione in chiave costituzionale: lo stesso Pierre-Marie Dupuy afferma che: "The international legal order remains more characterised by the spreading of sovereignty than by the overall normative and organic subordination of states to an international public order embodied in a text of a Charter that would at the same time provide for a central authority aimed at enforcing the "constitutional" rules characterising that public order": cfr. Pierre-Marie Dupuy, "The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited", 1 *Max Planck Yearbook of United Nations law* 1997, pagg. 1-33, pag. 30.

Il termine “costituzionalizzazione”, nell’ambito della teoria del diritto, si riferisce al processo determinante la positivizzazione di una costituzione, mediante lo sviluppo di un’ideologia costituzionalista. Prenderemo in considerazione nel capitolo primo alcune posizioni dottrinali significative relative alla concreta applicabilità di tale nozione tanto a processi intra-statali che a processi inter-statali. In base a tale ricostruzione dottrinale definiremo una concezione funzionale del concetto di costituzione, attraverso l’isolamento di un determinato numero di ‘funzioni costituzionali’ che le norme di carattere costituzionale, al livello di ordinamento interno come al livello di ordinamento internazionale, sono deputate a svolgere. In via preliminare, assumeremo la centralità delle norme a tutela dei diritti umani nello svolgimento di due ordini di funzioni costituzionali: da una parte il controllo dell’esercizio del potere pubblico; dall’altra, l’orientamento dell’esercizio di tale potere.

In secondo luogo, con l’espressione “diritto dei diritti umani”, intendiamo il corpus di diritto convenzionale sviluppato in ambito multilaterale – al livello universale (Nazioni unite) o regionale (nell’ambito dell’Organizzazione degli Stati americani, del Consiglio d’Europa, dell’Unione africana,...) – successivamente al 1948 e relativo alla protezione e promozione dei diritti umani. Tale processo di codificazione ha riguardato tanto la previsione di norme a tutela dei diritti umani dell’universalità degli individui come anche di norme di cui sono titolari individui appartenenti a specifiche categorie sociali (es. donne, minori, persone disabili...), in forza degli specifici bisogni di tutela di tali categorie. Lo sviluppo del diritto dei diritti umani ha anche visto l’attribuzione di determinati diritti a collettività, ed in particolare il diritto dei popoli all’autodeterminazione (in base ad entrambi i Patti internazionali sui diritti umani come sulla base del diritto consuetudinario) o una serie di diritti sostanziali e procedurali ai popoli autoctoni e popoli tribali (come la Convenzione ILO 169 del 1989 o al livello regionale la Carta africana sui diritti degli uomini e dei popoli). Queste stesse convenzioni provvedono ad identificare i beneficiari dei diritti umani che tutelano. Allo stato attuale del diritto positivo, non risulta essere chiarita la possibilità di attribuzione in base al diritto internazionale dei diritti umani, ed in particolare del diritto generale, di specifici diritti, a collettività diverse da quelle appena indicate. In particolare, a tutt’oggi non risulta esistere prassi significativa relativa allo sviluppo, al limite al livello di soft-law, di norme a tutela dei diritti umani di terza generazione, di cui sarebbero titolari diversi tipi di collettività. Si cita a questo proposito la possibilità di attribuire ai popoli il diritto umano allo sviluppo, il diritto alla pace e il diritto all’ambiente sano.

Le norme sostantive incluse nei trattati sui diritti umani sono solite venire raggruppate didatticamente in due categorie principali: 1) diritti civili e politici e 2) diritti economici, sociali e culturali. Ad ogni modo, la struttura degli obblighi istituiti da entrambe le categorie di norme risulta essere la medesima. Gli obblighi istituiti dalle norme materiali sui diritti umani, siano essi civili e politici o economici sociali e culturali possono essere di natura negativa o positiva. I primi, in sostanza, impongono agli Stati destinatari un dovere di astensione dall’intraprendere determinate azioni; si tratta principalmente della previsione di un obbligo di non ingerenza nella sfera dei diritti dell’individuo o di una collettività. I diritti positivi sono invece a loro volta

classificabili in tre tipi: obblighi immediati di risultato; obblighi immediati di ‘due diligence’ e obblighi di realizzazione progressiva. La categoria degli obblighi immediati di risultato prevede al suo interno obblighi diversi: il dovere di adottare una legislazione in linea con gli obblighi convenzionali⁵²; il dovere di portare avanti politiche strutturali adeguate al fine di prevenire le violazioni dei diritti umani; il dovere di possedere apparati di polizia e giudiziari idonei al fine di investigare ed eventualmente perseguire le responsabilità derivanti dalla violazione dei diritti umani; l’obbligo di prevedere procedure idonee al fine di poter fornire riparazione alle vittime delle violazioni dei diritti umani. Gli obblighi di ‘due diligence’ fanno riferimento alla previsione di misure e azioni adeguate al fine di prevenire ed investigare determinate violazioni dei diritti umani, nonché perseguire i responsabili e prevedere una riparazione per le vittime⁵³. Gli obblighi di promozione progressiva della piena realizzazione di determinati diritti umani implicano il dovere di prevedere misure e azioni appropriate nel limite delle risorse disponibili al fine di permettere il raggiungimento graduale di determinati standard di tutela dei diritti umani⁵⁴, lasciando tuttavia una considerevole discrezionalità agli Stati circa le modalità di effettiva attuazione. Tuttavia, occorre osservare come numerose norme istitutive di obblighi di quest’ultimo tipo prevedano esplicitamente che gli Stati destinatari di tali obblighi raggiungano la piena attuazione di tali standard nel tempo più breve possibile. Tale osservazione serve a dimostrare che anche le norme istitutive di obblighi di realizzazione progressiva non sono enunciative di meri obiettivi politici, quanto invece fissano i criteri giuridici e le modalità concrete di raggiungimento di tali standard⁵⁵. Una violazione di tali norme sarà pertanto constatabile – ad esempio - in caso di adozione da parte di uno Stato di misure regressive rispetto all’obiettivo della piena attuazione di tali norme, ma anche in caso di inerzia rispetto alla promozione di tali diritti.

Ciascuna singola violazione di norme sui diritti umani comporta la responsabilità internazionale dello Stato. Questo dato è chiaro, ad esempio, nel dettato della CEDU, la quale sottolinea come l’illecito sia rappresentato da ogni singola violazione puntuale della Convenzione⁵⁶. Tuttavia, la gravità di una violazione debba essere considerata maggiore nel

⁵² V. Rudolph Bernhardt, *The Convention and Domestic Law*, in MacDonald et alii (a cura di), *The European System for the Protection of Human Rights*, Leiden: Martinus, 1993, pag. 30.

⁵³ V. si la qualificazione dell’obbligo di prevenzione del genocidio come obbligo di condotta di due diligence da parte della Corte internazionale di giustizia, al par. 430 della sentenza 26 febbraio 2007 nel caso *Bosnia-Erzegovina c. Serbia e Montenegro*.

⁵⁴ E’ interessante rilevare, tuttavia, già a questo stadio, che la Corte di Strasburgo ha osservato ripetutamente che anche la sola esistenza in un ordinamento interno di norme inconsistenti con la CEDU costituisca una violazione della stessa, ma perché una tale valutazione venga fatta è necessario che un individuo ne tragga delle conseguenze concrete: sul punto, v. Riccardo Pisillo Mazzeschi, *Responsabilité de l’état pour violation des obligations positives relatives aux droits de l’homme*, 333 *RdC* 2008, pag. 175, pag. 297ss. V. anche Dinah Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford: OUP, 2005.

⁵⁵ Nel caso specifico di diritti economici, sociali e culturali, non necessariamente la natura programmatica di una norma esclude il fatto che preveda anche obblighi perentori e di immediata precettività (come, ad esempio, il divieto di discriminazione nell’erogazione di determinati servizi da parte dell’autorità pubblica).

⁵⁶ Nonostante poi la Commissione europea ebbe modo di osservare che “although one single act contrary to the Convention is sufficient to establish a violation, it is evidence that the violation can be regarded as being more serious if it is not simply one outstanding events but forms part of a number of similar events which might even form a pattern: cfr. 19

caso in cui tale violazione sia parte di una serie di violazioni (questione dell'esistenza di un 'consistent pattern of violations'⁵⁷). Simili considerazioni possono essere svolte in relazione ad altri strumenti sui diritti umani, a riprova del fatto che le norme primarie sui diritti umani – siano esse poste a tutela di diritti civili e politici o di diritti economici, sociali e culturali, in genere non prevedono alcuna indicazione circa i limiti entro cui una violazione è accettabile, a differenza, del diritto internazionale dell'ambiente⁵⁸. Si pensi ad esempio alla definizione di schiavitù, come “the status or condition of a person over whom any or all of the powers attaching to the rights of ownership are exercised⁵⁹”, o quella di tortura come “any act by which sever pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted to a person⁶⁰”.

Inoltre, dimostrare una violazione del primo ordine di obblighi, ossia gli obblighi di risultato, sarà relativamente più facile rispetto al secondo e soprattutto al terzo. Infatti, mentre la violazione di obblighi di risultato consiste semplicemente nell'assenza del risultato voluto dalla norma stessa, risulta decisamente più difficile valutare l'adeguatezza delle misure di due diligence tenute da uno Stato, o meglio dimostrare la non conformità tra la condotta omissiva dello Stato nel concreto e la condotta attiva richiesta in astratto dagli standard di due diligence previsti dalla norma in parola. Risulta ugualmente complesso verificare lo stato di realizzazione progressiva di obblighi positivi di attuazione graduale.

L'articolato della Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità dello Stato per l'illecito internazionale – come vedremo nella parte seconda della tesi - sembra riconoscere ai soli Stati la titolarità di un diritto alla riparazione, non pronunciandosi sul diritto degli individui ad una tale riparazione, ad esempio in caso di violazione di norme previste dal diritto internazionale dei diritti umani o dei conflitti armati⁶¹. Viceversa, l'Assemblea generale delle Nazioni unite nella risoluzione 60/147 ha adottato per consenso una serie di “Basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law⁶²”. Questa serie di principi e linee guida si apre con il riconoscimento che la titolarità dell'individuo del diritto alla riparazione risulta essere già chiarita nel diritto internazionale pattizio senza

YbECHR 1976, pag. 762.

⁵⁷ La nozione di “consistent patterns of gross violations of human rights” fa riferimento alla decisione attraverso la quale, nel 1967, il Consiglio economico e sociale delle Nazioni unite autorizzò la Commissione dei diritti umani delle Nazioni unite ad interessarsi di specifiche situazioni-Paese, come strumento per verificare il rispetto degli obblighi degli Stati membri dell'Organizzazione ex articoli 55 e 56 della Carta, attraverso la celebre risoluzione 1235 del 6 giugno 1967.

⁵⁸ V. Kamen Sachariew, “The Definition of Thresholds of Tolerance fir Transboundary Environmental Injury under International Law: Development and Present Status”, 32 *NILJ* 1990, pagg. 193-206, citato in Menno T. Kamminga, *State Responsibility for Human Rights Violations not Amounting to a Consistent Pattern*.

⁵⁹ In base alla Convenzione internazionale del 1926.

⁶⁰ Secondo la Convenzione delle Nazioni unite contro la tortura.

⁶¹ E come del resto confermato dalla Corte internazionale di giustizia: *Conseguenze giuridiche della costruzione di un muro nel territorio palestinese occupato*, parere consultivo del 9 luglio 2004, par. 152.

⁶² Adottata il 16 dicembre 2005. Riprodotta all'indirizzo web: <http://www2.ohchr.org/english/law/remedy.htm>

marginari di dubbio⁶³.

Occorre anche sottolineare l'esistenza in base al diritto dei diritti umani di obblighi positivi e negativi di carattere orizzontale, volti cioè a prevenire la violazione di determinati diritti tutelati da soggetti intra-statali: l'articolo 1.1 della Convenzione inter-americana sottolinea l'esistenza di tali obblighi nel momento in cui impone agli Stati parti non solo l'obbligo di rispettare determinati diritti e libertà, ma anche di assicurare il libero esercizio di tali diritti⁶⁴. Infine, per concludere queste osservazioni di carattere preliminare sulla natura delle norme internazionali sui diritti umani, risulta essere ormai ampiamente chiarito dalla dottrina e dalla prassi internazionale che determinate norme a tutela dei diritti umani siano riprodotte del diritto internazionale generale.

In terzo luogo, è bene precisare che la presente ricerca non intende discostarsi da una nozione di Comunità internazionale che ritenga soggetti principali gli Stati e le organizzazioni internazionali intergovernative⁶⁵. La questione della soggettività internazionale dell'individuo non trova per il momento una soluzione condivisa in dottrina⁶⁶ e non sarà oggetto di una trattazione dettagliata nel presente lavoro: ci basterà riconoscere preliminarmente che è stato ampiamente dimostrato nella prassi e nella dottrina che gli individui, allo stato attuale del diritto internazionale, sono direttamente destinatari di determinati diritti ed obblighi⁶⁷. La dottrina ha identificato come condizione essenziale per la ricostruzione di una Comunità internazionale l'esistenza fattuale di una società internazionale, ossia la stabilizzazione e normalizzazione delle interazioni aventi una certa intensità tra la totalità dei soggetti internazionali, accompagnata tuttavia dalla condivisione di interessi e valori di fondo⁶⁸. E' l'esistenza di tali interessi e valori a permettere di definire chiaramente i criteri di appartenenza o meno a tale comunità⁶⁹. La

⁶³ V. si i primi due considerata delle Linee guida. Il diritto alla riparazione è diritto secondario che emerge dalla violazione di una norma primaria a tutela dei diritti umani, anche se – come suggerisce Hampson – « this does not imply that the right to an effective remedy is only less a human right than, for example, the prohibition of torture or the right to due process. It is secondary only in the sense that it requires the initial act or omission to trigger its applicability »: Françoise Jane Hampson, “Working paper on the implementation in domestic law of the right to an effective remedy”, discusso alla 57a sessione della Sotto-Commissione delle Nazioni unite per la promozione e protezione dei diritti umani, documento del 27 giugno 2005 delle Nazioni unite, E/CN.4/Sub.2/2005/15, par. 5, pag. 2. Per un commento complessivo, v. Pierre D'Argent

⁶⁴ V. Andrew Clapham, *Human rights obligations of non-state actors*, Collected courses of the Academy of European Law, vol. 15/1, Oxford: OUP, 2006.

⁶⁵ V. René-Jean Dupuy, *Communauté internationale et disparités et développement*, 165 *RdC* 1979, IV, pag. 21ss.

⁶⁶ Per una ricostruzione di diversi orientamenti dottrinali nel dibattito contemporaneo, v. si Christian Dominicé, *L'émergence de l'individu en droit international public*, 1987-1988 *Annales d'études internationales*, pag. 1.

⁶⁷ Nella dichiarazione dell'Assemblea generale delle Nazioni unite per il cinquantesimo dell'Organizzazione, ad esempio, si riconosce che “our common work will be the more successful if its is supported by all concerned actors of the international community, including non-governmental organisations, multilateral financial institutions, regional organisations and all actors of civil society: Risoluzione 50/6 del 24 ottobre 1997, par. 17.

⁶⁸ V. discussione in Christian Tomuschat, *Obligations for States...*, cit., pag. 275. Lo studioso tedesco sostiene anche che una Comunità internazionale è “an ensemble of rules, procedures and mechanisms designed to protect collective interests of humankind, based on a perception of commonly shared values”. V. anche Christian Tomuschat, *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century*, 281 *RdC* 1999, pag. 88

⁶⁹ Georges Abi-Saab, “Whither the International Community?”, 9 *EJIL* 1998, pag. 249

dottrina giusinternazionalistica è virtualmente unanime nel ritenere che si possa riconoscere nel sistema contemporaneo delle relazioni internazionali un livello sufficiente di interdipendenza tale da giustificare l'affermazione di una Comunità internazionale. La dottrina tende inoltre a considerare la Comunità internazionale come una comunità governata dal diritto, o meglio, in cui sono una serie di norme di natura giuridica a permettere alle sue varie parti di cooperare⁷⁰.

Infine, utilizziamo qui la nozione di “ordine internazionale” come concetto cumulativo di Comunità internazionale e di diritto della Comunità internazionale, ossia il diritto internazionale pubblico. Tale scelta è dettata dall'interesse del presente lavoro tanto per gli aspetti materiali quanto per quelli organico-istituzionale del dibattito in parola⁷¹.

⁷⁰ V. Bruno Simma e Andreas Paulus, “The International Community: facing the Challenge of Globalization”, *cit.*, pag. 267.

⁷¹ Kelsen sottolinea come il termine sia utilizzato da coloro che non ritengono che il diritto internazionale rappresenti vero e proprio diritto: v. Hans Kelsen, *Principles of International Law*, New York: Rinehart & Company, Inc., 1952, pag. 207.

**PRIMA PARTE
VERIFICA CONCETTUALE**

CAPITOLO I

CONCEZIONI DI COSTITUZIONALIZZAZIONE DELL'ORDINE INTERNAZIONALE

1. I concetti di costituzione, costituzionalismo e costituzionalizzazione

In apertura del presente capitolo vogliamo analizzare il significato dei concetti di costituzione, costituzionalismo, costituzionalizzazione e funzioni costituzionali, per poi soffermarci sui diversi approcci nella dottrina contemporanea che si sono proposti di utilizzare in ambito giusinternazionalistico tali nozioni.

Pur senza negare che lo studio del concetto di costituzione¹ sia intimamente legato alla nascita e sviluppo dello stato moderno², è interessante notare come la prima definizione formale di “costituzione sia attribuibile ad un internazionalista, Emer de Vattel, il quale scrisse che: “le reglement fundamental qui détermine la manière dont l’Autorité Publique doit etre exercée est ce qui forme la Constitution de l’Etat³”. I fautori della possibile applicazione della nozione di costituzione ad enti diversi dallo Stato richiamano l’utilizzo da parte di Aristotele del termine costituzione per riferirsi a “l’ordinamento di una città con riferimento ai suoi uffici ed in particolare al suo potere sovrano⁴”; si tende, inoltre, a sottolineare come la tradizione costituzionale tedesca abbia utilizzato il concetto di costituzione senza tuttavia riferirlo ad una forma classica di stato-nazione⁵. Da una prospettiva di evoluzione storica, ed utilizzando lo schema concettuale sviluppato nella teoria arendtiana sulla storia delle rivoluzioni⁶, si possono distinguere principalmente due categorie di tradizioni costituzionali; la prima, descritta con l’espressione “costituzione come politicizzazione del diritto”, sarebbe comune alle rivoluzioni settecentesche e presuppone la fondazione di un nuovo ordine politico da parte di un *pouvoir-*

¹ Per una concettualizzazione classica, costituiscono opere di riferimento: Costantino Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, Milano: Giuffrè, 1940; Id., *Costituzione, dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano: Giuffrè, 1962; Vezio Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova: Cedam, 1976; Giuseppe De Vergottini, *Costituzione*, in *Dizionario di politica*, diretto da Norberto Bobbio, Nicola Matteucci, Gianfranco Pasquino, Torino: Utet, 1983. Per un’introduzione al tema del rapporto tra norme internazionali a tutela dei diritti umani e costituzioni v. Louis Henkin, *Elements of Constitutionalism I*, raccolta di lezioni presso la Columbia University Center for the Study of Human Rights: “Human rights and political freedoms of citizens; sovereignty and self-determination of the people, democracy and separation of powers, rule of law – these partially overlapping terms describe the distinctive content which the notion has acquired”, pag. 2.

² “Even if constitutionalism does operate in areas beyond the state, state constitutionalism often becomes the standard-bearer of comparisons” osserva Mancini in “Europe: the case for Statehood”, 4 *European Law Journal* 1998, pag. 29.

³ V. Emer de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires de Nations et des Souverains*, (1758, repr. 1916), libro I, capitolo III, § 27, pag.31.

⁴ V. Aristotele, *Politica*, Libro III, parte VI, Torino: Utet, ristampa 2006. (versione a cura di Marcello Zanetta)

⁵ V. Ingolf Pernice, "Europäisches und nationales Verfassungsrecht", 60 *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 2001, pag. 155, citato in Christoph Möllers, *Pouvoir Constituant – Constitution – Constitutionalism*, in Armin von Bogdandy and Jürgen Bast (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford, 2006, pag.195

⁶ V. Hannah Arendt, *Sulla rivoluzione*, 1963 (ristampa italiana Torino: Einaudi, 2006), pag. 34.

constituant, inteso come l'atto di una nazione di cittadini liberi ed uguali, desiderosi di legarsi vicendevolmente attraverso la redazione di una costituzione. Una seconda tradizione costituzionale, comune a Regno Unito e Germania, rappresenta la costituzione come "legalizzazione della politica": piuttosto che orientarsi alla fondazione di un nuovo ordine democratico attraverso un processo rivoluzionario, tale concezione richiama il progressivo controllo del potere esistente attraverso delle procedure istituzionalizzate. La prima tradizione, rispetto alla seconda, enfatizza le caratteristiche di normatività e supremazia; Möllers sottolinea tuttavia come entrambe tali tradizioni siano presenti, a livelli diversi, in ciascuna delle storie costituzionali degli attuali Paesi membri dell'Unione europea e non siano in contraddizione tra di loro⁷. La prima tradizione privilegia sicuramente l'elemento della forma scritta di una costituzione, seppure il caso statunitense sia un esempio di politicizzazione del diritto che ha prodotto una costituzione consuetudinaria, ossia l'insieme di norme consuetudinarie e di usi aventi valenza costituzionale, espresse spontaneamente dalla collettività nel corso dei secoli, in assenza di un un unico documento costituzionale. Entrambi gli approcci alla costituzione, non sembrano presupporre l'esistenza di comunità nazionali etnicamente o socialmente omogenee, ma implicano la possibilità per un processo costituzionale di contribuire alla definizione di comunità nazionali⁸.

Un ulteriore categorizzazione è data dal Kelsen, che distingue nei seguenti termini tra costituzione formale e costituzione materiale: "la costituzione in senso formale è un documento solenne, una serie di norme giuridiche che possono essere modificate solo attraverso l'osservanza di regole speciale, il cui scopo è di rendere tali modifiche più difficili. La costituzione nel senso materiale è costituita da quelle regole che dispongono la creazione di norme giuridiche generali."⁹.

La dottrina ha poi messo in luce come il concetto di costituzione si presti ad un'analisi che prenda in considerazione tre dimensioni tra loro interdipendenti: il livello teoretico, il quale analizza il concetto di costituzione dalla prospettiva dell'evoluzione storica e sociologica; un livello normativo, il quale utilizza il concetto di costituzione come "fonte del diritto" nell'ambito di un determinato ordinamento interno; infine, un livello descrittivo, attento all'analisi istituzionale ed il quale ammette la perfetta coincidenza tra governo e stato¹⁰. E'

⁷ V. Christoph Möllers, *Pouvoir Constituant*, cit. pag. 193. Entrambe sarebbero presenti nel "processo costituzionale" dell'Unione europea, nel senso che all'istituzione del Parlamento europeo – come esempio di sviluppo relativamente recente della creazione ex novo di un sistema di potere autonomo rispetto ai Governi dei Paesi membri – corrisponde ad un accresciuto controllo giurisdizionale degli originali processi politici inter-governativi, ad esempio attraverso il ruolo crescente della Corte di Giustizia delle Comunità europee.

⁸ V. Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928, pagg. 78-85, citato in Bardo Fassbender, *The United Nations Charter as the Constitution...*, cit., pag. 65.

⁹ Cfr. Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, edizione con introduzione di Javier Treviño, Cambridge MA: Harvard University Press, 2006, pag.124 (traduzione nostra).

¹⁰ In termini descrittivi "une constitution n'est rien d'autre que le gouvernement d'un Etat. La conception descriptive de la constitution est purement nominale ; les termes « constitution » et « gouvernement » sont interchangeables": cfr.

l'analisi normativa a rilevare maggiormente dalla prospettiva della presente tesi: in termini puramente normativi, la costituzione costituisce la legge fondamentale e suprema adottata liberamente da un popolo. Secondo Elisabeth Zoller, in quanto legge fondamentale, la costituzione definisce il corpo politico dello Stato e descrive i principi e le regole che permettono la presa in considerazione di questioni comuni e generali¹¹; inoltre, in quanto legge suprema, una costituzione deve prevalere rispetto a tutte le altre norme.

Ciò rilevato, il concetto di costituzione si presta ad essere associato ad una serie tipica di enunciati, molti dei quali privi di una reale portata descrittiva¹². Può essere affermato, ad esempio, che la costituzione è la legge fondamentale di una determinata comunità territoriale e che essa acquisisce in ultima istanza la sua legittimità da un primordiale “contratto sociale”: l'idea di contratto sociale suggerisce anzitutto il prevalere di un'autorità riconosciuta, e quindi la possibilità che lo Stato gestisce secondo il diritto i conflitti interindividuali e tra corpi sociali ed individui nei confronti dello Stato e del potere pubblico in generale. Un emendamento alla costituzione richiede una procedura legislativa speciale, ragion per cui alcune costituzioni sono protette contro modifiche o altrimenti prevedono per la loro modifica un procedimento legislativo aggravato rispetto all'iter legislativo ordinario (cosiddette costituzioni “rigide”). Si suole anche affermare che il cuore del costituzionalismo sia rappresentato da un elenco di diritti e libertà fondamentali che garantiscono la protezione giuridica degli individui e delle minoranze dalla minaccia della tirannide, delle élites e delle maggioranze. Una ulteriore tipica funzione costituzionale è quella di definire la separazione dei poteri tra gli organi dello Stato; in particolare, in uno stato federale una costituzione regola la divisione dei poteri tra il livello centrale ed il livello locale. Infine, le costituzioni richiedono che il sistema giudiziario provveda al riesame e - se necessario - invalidi la legislazione ordinaria che sia in contrasto con il dettato costituzionale.

In definitiva, due grandi categorie di funzioni costituzionali sembrano qui emergere immediatamente: anzitutto la strutturazione del potere pubblico ed in particolare la sua articolazione in potere legislativo, esecutivo e giudiziario, e in secondo luogo la previsione della limitazione del potere di governo attraverso il diritto.

Anche il concetto di costituzionalismo richiama idee tra loro assai diverse; esso anzitutto permetterebbe di ricostruire “l'insieme di idee e principi che formano la base comune della ricca

Elisabeth Zoller, *Droit Constitutionnel*, Paris : Presses Universitaires de France, 1998, pag. 11.

¹¹ « [L]a constitution normative est fondatrice de la société politique ; elle définit les principes et règles selon lesquels seront résolues les questions communes et générales par opposition aux questions particulières et privées qui sont régies par les règles de la société civile », *ibidem*.

¹² Sul punto, v. Nicholas Tsagourias, *Introduction – Constitutionalism: A Theoretical Roadmap*, in id. (a cura di.) *Transnational Constitutionalism*, Cambridge: CUP, 2007, I.

varietà di costituzioni che troviamo in numerosi Paesi del mondo¹³” e comprenderebbe quelle:

institutional devices and procedures which determine the formations, structure and orderly functioning of government, and it embodies the basic ideas, principles and values of a polity which aspires to give its members a share in government¹⁴.

Secondo Möllers:

Constitutionalisation can be understood as a phenomenon of the gradual formation of a new legal level. It may be described as the unorganised intensification of a legal regime, whose increasing quantity of norms finally enables the emergence of normative structures – of legal principles – that can be generalised and that are also, at least factually, difficult to amend due to their generality¹⁵.

Per Sadurski, il costituzionalismo “is a set of norms and values which defines the framework within which collective actions of the society occur. It is therefore neither identical to the constitutional texts (for constitutionalism is about the actually respected and enforced frameworks for actions) nor with actual political opinions (because our opinions are not always identical with the views about the constraints upon those opinions; this is a distinction between first-order and second-order views, and constitutionalism is clearly about second-order political precepts¹⁶”.

Poiaries Maduro definisce infine il costituzionalismo come ogni teoria normativa che si proponga di distribuire e disciplinare l’amministrazione del potere pubblico in modo da massimizzare gli ideali di libertà, partecipazione e rappresentatività¹⁷.

In sostanza, tutte le definizioni qui riprese descrivono il costituzionalismo come l’insieme delle premesse normative e strutturali di un determinato ordine politico le quali portano alla definizione di un insieme di regole aventi funzioni costituzionali: si potrebbe anzi affermare che le costituzioni, tanto quelle scritte come quelle non-scritte o consuetudinarie positivizzano un determinato costituzionalismo, come nel caso - secondo Weiler – del Trattato istitutivo di una Costituzione per l’Europa¹⁸.

¹³ Cfr. U.K. Preuss, The Political Meaning of Constitutionalism, in Richard Bellamy (ed.), *Constitutionalism, Democracy and Sovereignty: American and European Perspectives*, Asgate, Avebury, 1996, pag. 11

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Cfr. Christoph Möllers, *Pouvoir Constituant – Constitution...*, cit., pag. 216.

¹⁶ V. Wojciech Sadurski, *European Constitutional Identity*, EUI Working Papers Law, 2006, n°33.

¹⁷ V. Luis Miguel Poiaries Pessoa Maduro, *From Constitutions to Constitutionalism: A Constitutional Approach for Global Governance*, in Douglas Lewis (a cura di), *Global Governance and the Quest for Justice – Volume I: International and Regional Organisations*, Oxford: Hart Publishing, 2006, pag. 251.

¹⁸ Occorre tuttavia tenere i concetti distinti, a maggior ragione se è vero che vi possano essere costituzioni che non corrispondono ad un vero e proprio costituzionalismo V. Joseph H.H. Weiler, “European Neo-Constitutionalism: In search of the Foundations of the European Constitutional Order”, 1996 *Political Studies*, pag. 517.

2. Il ricorso a nozioni costituzionalistiche nella dottrina internazionale

La dottrina sino ad oggi non ha avuto modo di ricostruire in maniera esaustiva il ricorso a nozioni costituzionalistiche nella teoria del diritto internazionale. Solo recentemente, Fassbender e Weller si sono proposti di intraprendere una ricostruzione dei tentativi di lettura del diritto internazionale da una prospettiva costituzionale¹⁹. Utilizzi non sistematici di tali nozioni nel diritto internazionale risalgono probabilmente al XVIII secolo, con riferimento all'istituzione di federazioni o confederazioni attraverso trattato, esperienze che in dottrina tedesca vengono ricordate come "Bundesverträge"²⁰. E' solo la dottrina contemporanea ad avere identificato nei grandi accordi di pace, come gli Accordi di Westfalia, il Trattato di Versailles e soprattutto le negoziazioni di San Francisco dei cosiddetti "big bang costituzionali"²¹. Risale invece agli anni '20, del secolo scorso e nel pieno di una fase di vivo dibattito intellettuale sull'affermarsi dell'organizzazione internazionale, l'introduzione esplicita di concetti quali quelli di costituzionalismo e costituzionalizzazione nel dibattito scientifico giusinternazionalistico. Secondo Kolb, non è casuale che la formulazione delle teorie costituzionalistiche avvenga inizialmente in ambienti di ricerca caratterizzati da un approccio monista al diritto internazionale, in Francia e in Germania, e soprattutto come reazione alle prevalenti teorie positivistiche, configuranti il diritto internazionale come un insieme non coordinato di atti giuridici soggettivi espressione del consenso degli Stati²². E' solo in un secondo momento, invece, che la teorizzazione del diritto internazionale costituzionale si lega all'emergere di una Comunità internazionale e allo sviluppo del cosiddetto diritto internazionale della co-operazione.

2.1. Formulazione iniziale del dibattito in dottrina

Nel ricostruire l'origine dell'enucleazione degli aspetti fondamentali del dibattito in parola si fa riferimento principalmente a *Verdross*. La trattazione da parte del maestro viennese del concetto di diritto internazionale costituzionale si collega strettamente ad il suo approccio universalistico al diritto internazionale bilanciato da un monismo 'moderato', approccio che viene sviluppato lungo tutto il percorso accademico e professionale di Verdross, e che riassumeremo brevemente. In base al suo originale approccio di sintesi, Verdross riteneva che i

¹⁹ Questa la conclusione di Werner Wouter, "The Never Ending Closure: Constitutionalism and International Law", in N. Tsagourias (a cura di), *Transnational Constitutionalism – International and European Perspectives*, Cambridge: CUP, 2007, pag. 529.

²⁰ Esempi in questo senso sono rappresentati dagli Articoli sulla confederazione e l'unione perpetua tra tredici originali Stati nordamericani del 1777, la Costituzione statunitense del 1787.

²¹ V. G. John Ikenberry, "Constitutional Politics in International Relations", 4 *EJIR* 1998, pag. 147 ss.

²² V. Robert Kolb, "La structure constitutionnelle du droit international public", *Annuaire canadien de Droit international* 2001, pagg. 69-70

trattati internazionali e la consuetudine costituiscono delle fonti del diritto direttamente applicabili internamente sulla base di specifiche disposizioni costituzionali, e che il diritto internazionale possano prevedere dei diritti ed obblighi che si impongono direttamente agli individui. Quanto al rapporto tra ordinamenti, Verdross riteneva non vi fosse un conflitto insanabile tra sistemi nazionali e sistema internazionale, ma che semplicemente il contrasto tra norme appartenenti ad ordinamenti diversi si risolvesse applicando le procedure di soluzione previste internazionalmente²³.

Particolarmente innovativa per quei tempi era l'idea di comunità internazionale sviluppata da Verdross. Se Verdross da una parte rifiutava la qualificazione dell'umanità come comunità in senso strettamente giuridico, egli d'altra parte sosteneva l'esistenza fattuale di una comunità universale nella quale gli Stati non sono i soli soggetti. In particolare egli riteneva che la condizione sociologica necessaria all'esistenza di una tale comunità, come dell'esistenza stessa del diritto che sta alla base della vita di tale comunità, ossia il diritto internazionale, fosse il riconoscimento di determinati valori giuridici universali, presenti nella coscienza giuridica collettiva di tutti i popoli del mondo. Al tempo stesso, questi valori sono dotati di una precisa valenza normativa, giacché i soggetti di diritto internazionale sono tenuti all'osservanza di una condotta compatibile con i principi giuridici fondamentali derivanti dalla natura sociale delle comunità umane²⁴, i quali derivano la loro forza in ultima istanza dal principio di buona fede, un principio che secondo Verdross innerva le relazioni inter-statali e sostanzia la Grundnorm. Per tali principi Verdross intende tanto una serie di valori che sono ritracciabili sistematicamente in tutti gli ordinamenti interni, quanto anche alcuni principi fondamentali connaturati all'idea stessa di diritto, senza il riconoscimento dei quali "nessun sistema giuridico potrebbe funzionare²⁵": tali sarebbero il principio di buona fede o le "elementari considerazioni d'umanità". Una delle fondamentali e più proficue intuizioni di Verdross è rappresentata dal diritto cogente. Nel pensiero del maestro, il nucleo fondamentale di questi stessi principi non può essere eliminato o modificato attraverso accordo internazionale, senza che l'intero sistema venga messo in discussione. Verdross chiarisce a questo proposito che la conseguenza della previsione in un determinato trattato di disposizioni "contra bonos mores", o di norme relative alla restrizione delle libertà di una delle Parti contraenti in maniera eccessiva o inopportuna, o ancora di norme che possono pregiudicare il rispetto dei diritti umani basilari, è l'invalidità di tale trattato²⁶. Successivamente, Verdross si interrogherà sull'esistenza di veri e propri "doveri

²³ Da cui, pertanto, la validità soltanto provvisoria di una norma interna in contrasto con una norma internazionale.

²⁴ *Universelles Völkerrecht*, pag. 380, citato in Bruno Simma, "The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law", *cit.*, pag. 50. Successivamente, Verdross sosterrà anche che determinate risoluzioni/dichiarazioni dell'Assemblea generale hanno spazio nella triade delle fonti prevista nell'articolo 38 dello Statuto della Corte

²⁵ Alfred Verdross, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale*, 52 *RdC* 1935, pag. 205.

²⁶ V. Alfred Verdross, "Forbidden Treaties in International Law", 31 *AJIL* 1937, pag. 572. Verdross non manca di enumerare una serie di situazioni di invalidità dei trattati: treaties binding a state to reduce its police or its organisation of courts in such a way that it is no longer able to protect at all or in an adequate manner the life, the liberty, the honour and

morali” in capo agli Stati nel quadro della loro partecipazione alla vita della Comunità internazionale, quali “il mantenimento dello stato di diritto all’interno degli Stati, la difesa dagli attacchi esterni, la tutela per il benessere spirituale e materiale dei cittadini all’interno e la loro protezione all’estero²⁷”.

Si inquadra perfettamente in un simile visione unitaria e coerente del diritto la pubblicazione nel 1926 del volume *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*. In questa fase, Verdross limita l’ambito del concetto di costituzione internazionale a “quelle norme che definiscono la struttura, la divisione e la distribuzione delle sfere di giurisdizione in una comunità²⁸”. Verdross non può ancora identificare tale costituzione in un documento unico, e tantomeno nello Statuto della Società delle Nazioni, la quale appare tuttavia al giovane studioso come l’espressione più significativa di una Comunità internazionale giuridica parziale. Tale costituzione si basa invece su un sistema unitario di norme sul diritto internazionale consuetudinario (*Normenordnung*), su cui poggia una specifica comunità, basata sul diritto (*Völkerrechtsgemeinschaft*).

In questa fase, la teoria costituzionale verdrossiana corrisponde sostanzialmente a quella di Scelle, il quale apriva la seconda parte del suo *Précis* del 1936 con una parte dedicata al “diritto internazionale costituzionale”. Scelle afferma che sia necessario « per la vita ed il progresso stesso di una società » isolare delle norme costitutive (*constitutives*) o costituzionali (*constitutionnelles*) in ogni momento storico ed in ogni società, delle norme cioè che stanno alla base di tutte le altre. Scelle poneva quindi un’enfasi particolare sulla solidarietà inter-personale e inter-governativa alla base del riconoscimento di ogni tipo di costituzione :

[t]oute collectivité intersociale, y compris la communauté universelle du Droit des Gens repose, comme les collectivités mieux intégrées et notamment les collectivités étatiques, sur un ensemble de règles constitutives essentielles à leur existence, à leur durée, à leur progrès [...] une constitution au sens large, mais au sens juridique, ne s’en révèle pas moins. Elle est apparente dans les systèmes super-étatiques où fédératifs et dans les systèmes super-étatiques. Elle l’est moins dans les systèmes inter-étatiques où le droit classique voyait les phénomènes internationaux typiques ; - elle ne peut pas cependant ne pas s’y rencontrer²⁹.

La ricostruzione di una serie di norme costituzionali internazionali costituisce una condizione necessaria, secondo Scelle, allo svolgimento delle tre funzioni di potere pubblico (il potere legislativo, esecutivo e giudiziario), le quali sono svolte al livello internazionale dagli

the property of individuals on its territory; treaties obliging a state to reduce its army in such a way as to render it defenceless against external attacks; treaties obliging a state to close its hospitals or schools, to extradite or sterilize its women, to kill its children, to close its factories, to leave its fields unploughed, or in other ways to expose its population to distress; treaties prohibiting a state from protecting its citizens abroad”: *ibidem*, pagg. 574-576.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Cfr. Aldred Verdross, *Völkerrecht*, Wien: Springer-Verlag, 1950, pag.74, citato in Bruno Simma, *From Bilateralism to Community Interest*, cit. , pag. 259.

²⁹ Cfr. George Scelle, *Précis de droit des gens : principes et systématique*, Paris : Recueil Sirey, 1934, pag. 7

Stati, secondo la nota teoria del ‘*dédoublement fonctionnelle*³⁰. Quest’ultima costituisce una teoria di particolare interesse dalla nostra prospettiva in quanto afferma che alcune norme di diritto internazionale svolgono una funzione costituzionale in parallelo sia in ambito internazionale che in ambito interno. Tra tali norme rilevano quelle relative alla salvaguardia della pace internazionale, della sicurezza e della giustizia nelle relazioni tra Stati, ma anche quelle volte alla promozione e protezione dei diritti umani e della legalità all’interno degli Stati e a favore degli esseri umani, i quali sarebbero da considerarsi in definitiva “i destinatari ultimi delle norme internazionali³¹”. E’ interessante notare che Scelle, alla trattazione dell’articolazione dei poteri pubblici al livello internazionale, premetta un capitolo dedicato alle libertà individuali e collettive che costituiscono un limite all’esercizio di tali poteri: tuttavia, l’autore insiste sul fatto che si tratti di libertà piuttosto che di diritti, e dunque di « poteri d’azione » piuttosto che di situazioni individuali soggettive. Infine, al pari di Verdross in questa specifica fase, Scelle è convinto che « dans les milieux internationaux, l’ordre juridique constitutif ou constitutionnel est, la plupart du temps, trop insuffisamment évolué pour que l’on puisse songer à la rédaction d’une charte³² ». E’ significativo che la coeva dottrina italiana, legata ad un rigoroso dualismo, abbia potuto rispondere allo stimolo di Verdross e Scelle solo accogliendo un’accezione esclusivamente formale del termine “costituzione”, intesa come l’insieme di quei principi che governano la produzione delle norme giuridiche e le principali modalità di funzionamento della struttura dell’ordinamento internazionale³³. Ciò è particolarmente evidente in *Balladore Pallieri*, probabilmente il primo giusinternazionalista italiano a fare sistematicamente riferimento al concetto di costituzione in diritto internazionale³⁴. Nel pensiero di questo autore la “costituzione” internazionale sarebbe dotata di norme di carattere materiale, ma queste consisterebbero esclusivamente in “quelle da cui risulta l’assenza di ogni vincolo di subordinazione dei suoi membri l’uno verso l’altro o verso un potere superiore, quelle che pongono come competenti ad emanare norme giuridiche i soggetti medesimi che dovranno poi osservarle, quelle che concedono a questi vari mezzi di autotutela”³⁵.

³⁰ Pag. 37. Antonio Cassese, “Remarks on Scelle's Theory of "Role Splitting" (*dédoublement fonctionnel*) in International Law”, 1 *EJIL* 1990, pagg. 210-213.

³¹ V. Georges Scelle, *Précis de droit des gens : principes et systématique - II: Droit constitutionnel international. Les libertés individuelles et collectives*, Paris, Recueil Sirey, 1932. Similmente, Virally ritiene nell’affermazione « que l’homme soit sujet aussi bien du droit international que du droit interne » come la condizione che Scelle riteneva essenziale per lo svilupparsi di un vero monismo : cfr. *Droits de l’Homme et théorie générale du droit international*, in René Cassin *amicorum discipulorumque liber*, t.4, *Méthodologie des droits de l’homme*, Paris, Pedone, 1969, pag. 329.

³² V. Georges Scelle, *Précis de droit*, cit., pagg. 9-10. In questo senso, lo stesso Scelle considerava la teoria del *dédoublement fonctionnelle* solo come descrittiva di una situazione temporanea nel diritto internazionale, sussidiaria rispetto all’esistenza di forti istituzioni internazionali. V. anche Georges Scelle, *Manuel de droit international public*, Paris: Domat-Montchrestien, 1948, pag. 22.

³³ V. Santi Romano, *Corso di diritto internazionale*, 4a edizione, Padova: CEDAM, 1931. Giuseppe Sperduti, *La fonte suprema nell’ordinamento internazionale*, Milano: Giuffrè, 1946.

³⁴ V. Giorgio Balladore Pallieri, *Diritto internazionale pubblico*, Milano: Giuffrè, 1962 (VIII edizione), pagg. 24-26. “il complesso di norme originarie dalle quali deriva il valore di tutte le altre, e che non derivano a loro volta da alcuna altra superiore norma positiva”.

³⁵ Per contro Balladore Pallieri dubita che l’eguaglianza tra Stati possa essere considerato un principio costituzionale dell’ordinamento costituzionale, derivando esso non da norme esistenti e vigenti “ma al più, da principi latenti nella sua organizzazione”.

2.2 L'evoluzione del pensiero internazional-costituzionalista di Verdross

Nell'edizione del suo manuale del 1950, Verdross innova la sua impostazione al diritto internazionale costituzionale in maniera sostanziale. In particolare Verdross introduce una dimensione istituzionale del concetto di costituzione. Da una prospettiva sostanziale, Verdross ritiene che le norme che determinano il diritto internazionale costituzionale ricomprendano “tutte o praticamente tutte le più importanti regole di diritto internazionale generale³⁶”, da cui la conseguenza che la costituzione della Comunità internazionale degli Stati si fonda sul diritto consuetudinario ma anche sul contenuto di alcuni trattati multilaterali di particolare rilievo per la Comunità internazionale, come il Patto Kellogg-Briand del 1928. Al tempo stesso, tuttavia, Verdross vede nell'adozione della Carta delle Nazioni unite l'emergere di una costituzione internazionale anche da un punto di vista istituzionale, sebbene ancora in una fase embrionale³⁷.

Nella quinta edizione del suo manuale del 1964, piuttosto che confermare la coincidenza tra il diritto internazionale costituzionale ed il diritto internazionale generale, Verdross afferma che “la costituzione della comunità universale degli Stati si basa su quelle norme che gli Stati ritennero valide al momento della creazione del diritto internazionale, le quali furono poi progressivamente sviluppate dal diritto internazionale consuetudinario e da determinati trattati multilaterali³⁸”. Verdross aggiunge che “dal momento che al giorno d'oggi le Nazioni unite comprendono la maggior parte degli Stati”, e che i pochi Stati che ancora non ne fanno parte riconoscono i suoi principi, la Carta tende chiaramente a diventare la costituzione della comunità universale degli Stati³⁹”.

In un ulteriore lavoro del 1973 sulle fonti del diritto internazionale, Verdross afferma la prevalenza gerarchica delle norme di diritto internazionale costituzionale rispetto al diritto consuetudinario. Verdross afferma in questa occasione che i principi costituzionali della moderna comunità degli Stati sono nati ‘uno actu’ con la formazione degli Stati sovrani. Pertanto, le norme originarie della comunità non derivano nè da un accordo internazionale formale nè dalla consuetudine, quanto piuttosto da un consenso informale in base al quale i detentori del potere al tempo della formazione della struttura attuale della Comunità internazionale riconobbero determinati principi come giuridicamente vincolanti. Di conseguenza, tali principi sono basati sì su un diritto non scritto, da non confondere però con la consuetudine; inoltre, l'autore ribadisce che fra le norme costituzionali vi sono ovviamente quelle che fanno riferimento alle modalità di creazione ed attuazione del diritto internazionale,

³⁶ V. Alfred Verdross, *Völkerrecht*, (II edizione: 1950), pag. 74.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ V. Alfred Verdross, *Völkerrecht* (V edizione, 1964, in collaborazione con Stephan Verosta e Karl Zemanek), pag. 136. Tuttavia, secondo Verdross, tali principi possono essere emendati come ogni norma di diritto internazionale.

³⁹ *Ibidem*.

ma anche quelle che pongono una serie di limiti materiali al possibile contenuto delle altre fonti di produzione giuridica, ossia le norme di natura cogente⁴⁰. Anche in quest'occasione, Verdross conferma la sua convinzione che: “presto, tutte le norme della Carta delle Nazioni unite saranno parte di una costituzione della Comunità internazionale giuridica. Gli organi previsti dalla Carta diventeranno quindi gli organi della comunità universale degli Stati⁴¹”.

Nel manuale co-edito con *Simma* e pubblicato nel 1976, si sostiene che il diritto costituzionale della Comunità internazionale coincida con il dettato della Carta delle Nazioni unite. Infatti, considerato che queste ultime “[...] comprendono circa tutti gli Stati e che i pochi Stati che ne rimangono al di fuori hanno riconosciuto i suoi principi fondamentali, la Carta delle Nazioni unite ha raggiunto il grado di costituzione della comunità universale degli Stati. Quindi, dobbiamo considerare la Carta come il punto di partenza e *spiegare come il diritto che era in vigore prima della Carta divenga operativo nel contesto previsto da quest'ultima in quanto il diritto pre-esistente è vincolante solo nel momento in cui non è stato sorpassato dalla Carta*⁴²”. Il manuale del 1976 dedica l'intera seconda parte al tema dei “principi costituzionali della comunità degli Stati”⁴³. In questo lavoro, Verdross e Simma enfatizzano il carattere progressivo dello sviluppo della costituzione internazionale, la quale ha trovato nella creazione delle Nazioni unite il suo punto di perfezionamento. Secondo gli autori, la costituzione della comunità moderna non organizzata degli Stati trae origine storicamente dalla formazione di Stati territorialmente sovrani che si sono riconosciuti vicendevolmente come soggetti paritari di diritto internazionale. Si trattava di un sistema di norme fondato sull'accordo delle potenze originarie e costituito in origine da due principi: *consuetudo servanda est e pacta sunt servanda*. La costituzione si è poi ampliata in seguito all'adozione prima del Patto della Società delle Nazioni e poi della Carta delle Nazioni unite. Per Verdross e Simma, le Nazioni unite, istituite da un trattato multilaterale sulla base del diritto internazionale generale in vigore all'epoca, hanno ri-disegnato il diritto internazionale classico della comunità non organizzata degli Stati, rendendo necessaria una re-interpretazione dell'intero corpus del diritto internazionale alla luce dell'instaurarsi di un nuovo ordine internazionale. In origine, la Carta rappresentava soltanto la costituzione di una struttura parziale (*Teilordnung*) all'interno del sistema universale del diritto internazionale, in quanto le Nazioni unite comprendevano originariamente solo 51 Stati.

⁴⁰ Alfred Verdross, *Die Quellen des universellen Völkerrechts: Eine Einführung*, Freiburg: Rombach, 1973, pagg. 20-21. V. anche Alfred Verdross, “The Charter of the United Nations and General International Law”, in G. A. Lipsky (ed.), *Law and Politics in the World Community*, Berkeley-Los Angeles: University of California Press, 1953, pagg. 153ss. Quali esempi di tali principi costituzionali originari, Verdross cita il principio *pacta sunt servanda*, il principio della responsabilità per un danno inflitto ad un altro soggetto di diritto internazionale, come l'obbligo di rispettare la sovranità territoriale e l'indipendenza politica di altri Stati.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Cfr. Alfred Verdross e Bruno Simma, *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, Berlin: Duncker und Humblot, 1984 (III edizione), pagg. vii-viii,

⁴³ A sua volta, questa parte è strutturata in tre capitoli: 1) la costituzione della comunità degli Stati non organizzata; 2) il rafforzamento dei principi costituzionali internazionali dalla Società delle Nazioni e 3) la costituzione delle Nazioni unite.

Tuttavia, “dal momento che ora praticamente tutti gli Stati sono diventati membri di tale organizzazione e gli Stati rimanenti ne hanno riconosciuto i principi fondamentali⁴⁴”, la Carta delle Nazioni unite ha raggiunto il grado di ordine fondamentale del diritto internazionale universale contemporaneo e “il diritto internazionale generale al tempo in vigore è stato pertanto incorporato nel nuovo ordine universale⁴⁵”.

In conclusione, nell’impostazione definitiva adottata da Verdross le norme internazionali costituzionali spaziano quindi da una serie di meta-norme o principi di diritto comuni agli Stati, le quali permetterebbero agli Stati di instaurare vicendevolmente rapporti di carattere giuridico, a un sistema complesso di norme sostanziali le quali permettono il dispiegarsi della vita sociale della Comunità internazionale organizzata⁴⁶.

2.3. *Teorie sulla costituzionalizzazione dell'ordine internazionale in rapporto alla Comunità internazionale e all'ordine pubblico comune*

Occorre qui dar conto di un numero nutrito di autori di lingua tedesca, i quali pur influenzati dal pensiero di Verdross, non hanno seguito il suo approccio in relazione alla definizione di costituzione internazionale nei suoi ultimi sviluppi. Mosler - nel corso generale presentato all’Accademia del diritto internazionale dell’ Aja nel 1974 – elabora una nozione di costituzione internazionale interdipendente rispetto alla Comunità internazionale di stati ed organizzazioni internazionali governata dal diritto⁴⁷. L’autore enfatizza gli elementi formali di una costituzione, affermando che quest’ultima determina le modalità che regolano la creazione, validità ed estinzione delle norme di diritto internazionale: in Mosler il termine costituzione sembra avere lo stesso significato della *Grundnorm* kelseniana. Invece, i principi sostanziali o valori giuridici fondamentali della Comunità internazionale – coincidenti con le norme che istituiscono obblighi *erga omnes* - formerebbero indipendentemente ciò che egli definisce “l’ordine pubblico comune”. Mosler caratterizza queste norme come regole “from which the State cannot at their own free will contract out”, e sottolinea:

In any legal community there must be a minimum of uniformity which is indispensable in maintaining the community. This uniformity may relate to legal values which are

⁴⁴ Alfred Verdross e Bruno Simma, *Universelles Völkerrecht*, (III edizione), cit., pag. 72. V. anche Albert Bleckmann, Comment on Art. 2.1, in Bruno Simma (a cura di), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, cit., pag. 79: “The UN Charter basically absorbed the whole corpus of existing international law”.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Ivi, pagg. 35-36. Un problema non risolto è costituito dalle modalità volta ad emendare la Carta. Nell’edizione del manuale del 1973, Verdross scrisse che la Carta sarebbe emendabile attraverso le procedure specificamente previste agli articoli 108 e 109 ma anche in qualsiasi altra modalità prevista dalla Costituzione, cioè “da qualunque tipo di accordo o attraverso la consuetudine.

⁴⁷ V. Hermann Mosler, *The International Society as a Legal Community*, 140 *RdC* 1974- IV.

considered to be the goal of the community of it may be found in legal principles which it is the duty of all members to realise. It may relate to legal rules which are binding within the community. The whole of this minimum can be called a common public order (ordre public international). The international community cannot dispense with this minimum of principles and rules as without them it would cease to exist⁴⁸.

Tomuschat riprende nel corso generale tenuto all'Accademia del diritto internazionale dell' Aja nel 1993 l'approccio mosleriano della costituzione della Comunità internazionale, costituzione che viene definita come "overarching system which embodies a common interest of all states and, indirectly, of mankind⁴⁹". Tomuschat si chiede anzitutto se la Comunità internazionale costituisca propriamente un sistema di governance in cui il potere – prima centralizzato nell'istituzione statale – si stia progressivamente disperdendo a favore di enti sub-nazionali e di organismi sopra-nazionali e se tale sistema possa essere regolato da una costituzione. L'autore risponde positivamente ad entrambi i quesiti, arrivando ad affermare che le (meta-)regole sulla disciplina delle funzioni di governo e del potere giudiziario ed inoltre le (meta-)regole sulla produzione delle norme formino la costituzione di un sistema di governance⁵⁰ sulla base dell'assunto dell'esistenza e del progressivo sviluppo di norme vincolanti di diritto internazionale indipendenti dalla volontà dei singoli Stati⁵¹. Una volta affermata la funzione primaria della costituzione internazionale nel regolare l'organizzazione ed il funzionamento della Comunità internazionale, tuttavia l'autore riunisce nel concetto di costituzione della Comunità internazionale anche quello mosleriano di ordine pubblico comune, tanto che in definitiva essa sembrerebbe integrare tutta una serie di norme di diritto internazionale generale particolarmente solide e stabili⁵², compresi quei valori comuni che rappresentano i principi guida che gli Stati sono tenuti a osservare e rispettare in ogni circostanza⁵³. Anche nell'impostazione di Tomuschat si riscontra quindi una chiara indicazione del progressivo indebolimento dell'elemento consensuale nella validità ed attuazione delle

⁴⁸ Ivi, pag. 17. Un riferimento in precedenza alla nozione di "ordine pubblico internazionale" si riscontra nel rapporto del 1953 di Sir Humphrey Waldock sul diritto dei trattati, a commento dell'articolo 15 del progetto di Convenzione: "The test whether the object of the treaty is illegal and whether the treaty is void for that reason is not inconsistency with customary international law pure and simple, but inconsistency with such overruling principles of international law which may be regarded as constituting principles of international public policy (ordre public international). These principles need not necessarily have crystallised in a clearly accepted rule of law such as prohibition of piracy or aggressive war. They may be expressive of rules of international morality so cogent that an international tribunal would consider them as forming part of those principles of law generally recognised by civilised nations which the International Court of Justice is bound to apply by virtue of of Article 38 (3) of its Statute": cfr. YB ILC 1953, pag. 155.

⁴⁹ Cfr. Christian Tomuschat, *Obligations Arising for States Without or Against Their Will*, 241 RdC 1993-IV, pag. 227.

⁵⁰ V. Christian Tomuschat, *Obligations Arising...*, op.cit., pag.216.

⁵¹ Cfr. Christian Tomuschat, *International Law as the Constitution of Mankind*, in International Law Commission, *International Law on the Eve of the Twenty-first Century. Views from the International Law Commission*, New York : United Nations, 1997, pag.38.

⁵² Come rilevato da von Bogdandy, in Tomuschat "[t]he principles of Article 2 of the U.N. Charter and the core of international human rights enshrine those values "which humankind must uphold in order to be able to continue to live under peaceful conditions which permit individuals real enjoyment of human rights": cfr. Armin von Bogdandy, "Constitutionalism in International Law", cit., pag.231.

⁵³ Cfr. Christian Tomuschat, *Obligations Arising...*, cit., pag. 236.

norme che realizzano la costituzione della Comunità internazionale, pur senza sottovalutare la prerogativa dei governi di godere di notevoli margini di apprezzamento a tale riguardo: sarebbe anzi quella serie di norme da cui ogni Stato “riceve legittimazione giuridica ad essere rispettato come entità sovrana” a definire in ultima istanza la costituzione della Comunità internazionale⁵⁴. Anche per lo studioso tedesco la costituzione della Comunità internazionale non coincide con la Carta delle Nazioni unite. Quest’ultima viene inclusa in una lista di “trattati dell’ordine mondiale”, ossia una serie di strumenti internazionali che intendono concretizzare ed elaborare una serie di principi costitutivi dell’ordine giuridico internazionale⁵⁵. L’autore considera esplicitamente come parte integrante di tale lista di “trattati dell’ordine mondiale” i principali strumenti internazionali sui diritti umani - come i due Patti internazionali del 1966 e la Convenzione sulla prevenzione e punizione del crimine di genocidio - oltre alla Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche e alla Convenzione sul diritto del mare⁵⁶.

Con la teorizzazione di una Comunità internazionale costituzionale “in which the state must accept to live in a symbiotic relationship with the institutions of the international community at regional and universal levels⁵⁷” – e nonostante egli non qualifichi mai la sua visione dello sviluppo della società internazionale in senso federale – Tomuschat sembra anticipare in un certo senso l’approccio alla tematica noto come *multi-level constitutionalism*⁵⁸. Occorre infine sottolineare come una simile visione che si propone di ricondurre l’emergere di una costituzione universale all’esistenza di una Comunità internazionale costituzionale acquista un particolare significato da una prospettiva di politica del diritto, nel momento in cui si ammettono entrambe le possibilità che una tale costituzione possa essere rintracciata e si possa sviluppare solo in presenza di una comunità politica pre-esistente o che essa stessa (la costituzione) possa contribuire, sull’esempio dei trattati federativi o confederativi⁵⁹, a sviluppare o ridefinire la Comunità internazionale.

⁵⁴ Cfr. Christian Tomuschat, *Obligations Arising..., cit.*, pag. 211.

⁵⁵ Tuttavia, nel suo *The United Nations at Age Fifty*, Tomuschat scrive: “It has become obvious in recent years that the Charter is nothing else than the constitution of the international community [...]. Now that universality has almost been reached, it stands out as the paramount instrument of the international community, not to be compared to any other international agreement”: cfr. Christian Tomuschat, *The United Nations at Age Fifty: A Legal Perspective*, The Hague [etc.] : KLuwer Law International, 1995.

⁵⁶ V. Christian Tomuschat, *Obligations Arising..., op.cit.*, pag. 299; pertanto tali premesse costituiscono la “legge non scritta”: v. *ivi*, pag.309.

⁵⁷ *Ibidem*

⁵⁸ V. *infra*, pagg. 27-28.

⁵⁹ Come nel caso degli “articoli di Confederazione e Unione perpetua” negoziati tra i tredici Stati Uniti d’America nel 1777. Per Fassbender, l’esempio dei trattati federativi risulta teoricamente utile anche al fine di giustificare la concettualizzazione del trattato-costituzione, v. Bardo Fassbender, “The United Nations Charter...”, *cit.*, pag. 559.

2.4. Teorie sulla costituzionalizzazione dell'ordine internazionale in rapporto alla Carta delle Nazioni unite

E' sempre nella letteratura germanofona che l'approccio verdrossiano è stato ulteriormente sviluppato⁶⁰. Non sorprendentemente chi ha continuato a seguire più da vicino l'insegnamento del maestro viennese è stato il suo allievo e da ultimo co-autore Simma⁶¹. Nel suo corso speciale tenuto all'Accademia del diritto internazionale dell'Aja del 1995, Simma si propone di analizzare l'emergere di interessi comunitari nell'ordinamento internazionale, e pertanto l'impatto che tali interessi esercitano sulla struttura ancora sostanzialmente "privatistica" del diritto internazionale, sia a livello dei regimi speciali del diritto internazionale (ciò che egli definisce la microdimensione) sia parallelamente anche al livello di una possibile costituzione della Comunità internazionale (ovvero macrodimensione). In questo secondo caso, egli si propone di verificare, a vent'anni di distanza dalla pubblicazione di *Universelles Völkerrecht*, l'affermarsi di una costituzione internazionale da un punto di vista istituzionale, attraverso un'analisi della portata costituzionale della Carta delle Nazioni unite. La conclusione della sua rapida comparazione tra le principali caratteristiche di una costituzione nazionale e la Carta delle Nazioni unite, è che quest'ultima svolge delle funzioni qualificabili come costituzionali, il che lo porta a concludere che "le norme basilari" della Carta rappresentano ormai il diritto costituzionale della Comunità internazionale universale. Inoltre, gli organi previsti dalla Carta, almeno in termini pratici, costituiscono gli organi della Comunità internazionale degli Stati nel suo insieme⁶². A dimostrazione di ciò, Simma si impegna in una verifica del ruolo degli organi delle Nazioni nello svolgimento di funzioni costituzionali, con particolare riferimento al mandato e alla prassi del Consiglio di sicurezza. In altri termini, per Simma, nonostante le competenze esercitate dagli organi principali delle Nazioni unite non si prestino strutturalmente ad essere valutate secondo il modello delle costituzioni nazionali, "alcuni elementi di separazione dei poteri" secondo uno schema tipicamente costituzionale

⁶⁰; Georg Ress, *Interpretation*, in Bruno Simma (a cura di) *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Oxford [etc.]: Oxford University Press, 2002 (II edition); Heribert Franz Köck, *UN-Statzung und allgemeines Völkerrecht: Zum exemplarischen Charakter von Art. 103 SVN*, in Konrad Ginther et alii (a cura di) *Völkerrecht Zwischen Normativem Anspruch und Politischer Realität: Festschrift für Karl Zemanek Zum*, 1994.

⁶¹ V. – tra altre pubblicazioni rilevanti – il corso tenuto a L'Aja nel 1994: Bruno Simma, *From Bilateralism to Community Interests*, cit. Rudolf Bernhardt, nel commento all'articolo 103 del commentario alla Carta delle Nazioni unite a cura di Simma, osserva che: "[T]here are good reasons for assuming that treaties concluded with third States that are in clear or at least apparent contradiction to the Charter are not only unenforceable but also invalid with respect to such States. The Charter has become the 'constitution' of the international community, and third States must, in their treaty relations and otherwise, respect the obligations arising under the Charter for UN members", cfr. Bruno Simma, *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Oxford: OUP, 2002, pag. 1298.

⁶² V. Bruno Simma, *From Bilateralism to Community Interest*, cit. , pag. 260.

sarebbero non di meno riscontrabili al livello di diritto della Comunità internazionale⁶³. Simma, tuttavia, sottolinea ripetutamente che il fenomeno di integrazione nell'ordinamento internazionale di elementi ed interessi comunitaristici costituisce un processo lungo e laborioso. Egli considera lo sviluppo del diritto dei diritti umani come l'esempio principale di questo fenomeno. Al di là delle forme più o meno incisive di controllo e di promozione attualmente esistenti, una trasformazione completa dell'ordinamento internazionale in una vera e propria Comunità internazionale fondata sul rispetto di diritti umani universali è ancora di là da venire, e il suo successo dipenderà da un radicale rafforzamento di adeguate strutture istituzionali. Secondo Simma, infatti, “a ‘constitutionalist’ view of the UN Charter and organisation might give the erroneous impression that the UN human rights system is tight and highly integrated, in other words that is holding its member States in a firm grip, somehow analogous to the way in which modern developed States enforce their authority⁶⁴”.

E' alla luce di un tale invito al realismo che possono essere interpretate le più recenti riserve da parte di Simma rispetto alla tendenza – riscontrabile in particolare nella dottrina tedesca – di utilizzare un discorso costituzionalista per il diritto internazionale. Dubitando dell'urgenza oggettiva, almeno da un punto di vista di “practioner” del diritto internazionale, di un tale approccio, Simma arriva a domandarsi sarcasticamente se la tendenza ad una lettura in senso costituzionale del diritto internazionale non rappresenti in realtà una sorta di deformazione professionale degli accademici tedeschi, i quali sono soliti insegnare diritto costituzionale e diritto comunitario accanto al diritto internazionale, e che pertanto non resistono alla tentazione di “introdurre ordine” in quello che ritengono essere il troppo politicizzato e confuso ordinamento internazionale⁶⁵.

Altri autori, e non solo di lingua tedesca, tuttavia, anche successivamente hanno continuato ad identificare nella Carta delle Nazioni unite la costituzione dell'ordine internazionale. In particolare *Pierre-Marie Dupuy*⁶⁶ riallacciandosi alla questione del rapporto tra diritto delle

⁶³ Ivi, pag. 283.

⁶⁴ V. Bruno Simma, *Human Rights*, in Christian Tomuschat (a cura di), *The United Nations at Fifty: A Legal Perspective*, Leiden: Kluwer, 1995, pag. 270.

⁶⁵ V. Bruno Simma, “Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner”, 20 *EJIL* 2009, pag. 297.

⁶⁶ Recentemente Karel Wellens ha affermato che “it has almost universally been recognized as the constitutional document of the international community of States”: cfr. Karel Wellens, *Solidarity as a Constitutional Principle: Its Expanding Role and Inherent Limitations*, pag. 775, in Ronald Saint John Macdonald e Douglas M. Johnston (a cura di), *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2005. Conclusioni simili, tuttavia, anche in James Crawford, *The Charter of the United Nations as a Constitution*, in Georges Michel Abi-Saab e Hazel Fox (a cura di), *The Changing Constitution of the United Nations*, London: B.I.I.C.L., 1997. V. anche Edward Watson MacWhinney, *The Evolution of United Nations Constitutionalism. The Emerging Constitutional Law of International Organisation*, in *The Evolution of International Law since the Foundation of the U.N.: With Special Emphasis on the Human Rights*, Thessaloniki: Institute of International Public Law and International Relations of Thessaloniki, 1990; Thomas M. Franck, *Is the U.N. Charter a Constitution?*, in Jochen A. Frowein *et alii*, *Verhandeln für den Frieden : liber amicorum Tono Eitel*, Berlin [etc.] : Springer, 2003, pagg. 95-106. Per una trattazione più articolata della tematica e per un confronto con le opinioni contrarie a tali ipotesi si rimanda al capitolo II della parte prima del presente lavoro.

Nazioni unite e diritto internazionale generale, esprime l'opinione che:

Il ne peut pas y avoir de contradiction entre coutume générale et droit de la Charte ! En 1945, cette dernière était conçue comme une mise à jour des règles coutumières établies jusqu'à alors. Quant aux coutumes à venir, elles ne pourraient, par principe, entrer en contradiction avec le droit originaire ou dérivé des Nations unies⁶⁷.

Secondo lo studioso francese⁶⁸, l'adozione della Carta avrebbe introdotto modifiche radicali nella struttura del diritto internazionale; da un punto di vista normativo, infatti, lo sviluppo del diritto delle Nazioni unite avrebbe consolidato il consenso accordato dalla Comunità internazionale ai sette principi fondamentali contenuti negli articoli 1 e 2 della Carta. Dalla prospettiva organico-istituzionale, invece, l'estensione del concetto di minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale indicherebbe l'assunzione da parte del Consiglio di sicurezza di un ruolo di "difensore dell'ordine pubblico internazionale" - nonostante la crisi di legittimità sofferta da tale organo negli anni '90. Con queste premesse, Dupuy sostiene che una strategia consistente nella promozione della Carta delle Nazioni unite quale stabile ed efficace costituzione della Comunità internazionale abbia come obiettivo giuridico primario il contrasto del processo di frammentazione e deformalizzazione del diritto internazionale⁶⁹.

Anche Fassbender motiva la sua propensione a ritenere la Carta la costituzione "vivente"⁷⁰ della Comunità internazionale, facendo ricorso in via principale ad argomenti di politica del diritto: dalla sua prospettiva, infatti, solo identificando la costituzione internazionale con un unico strumento di diritto internazionale positivo si potrà giungere al successo di una tale strategia giuridica⁷¹. Per Fassbender la costituzione internazionale sarebbe costituita da quel corpo di regole e di principi che definiscono, nella forma e nella sostanza, il fondamento della Comunità internazionale; secondo l'autore tedesco, la costituzione della Comunità internazionale – la quale troverebbe pieno riscontro nella Carta delle Nazioni unite - si compone di una parte sostanziale, comprendente valori comuni, obiettivi e principi, e di una parte relativa

⁶⁷ Cfr. Pierre-Marie Dupuy, "The Constitutional Dimension of the Charter...", *cit.*, pag.229. A questo proposito, Pellet sottolinea che tuttavia vi è ampio consenso in dottrina circa la legittimità dell'introduzione di modifiche all'articolo 27 della Carta secondo delle procedure extra-convenzionali: v. Alain Pellet, *Propos Introductifs*, in *La Charte des Nations unies. Une Constitution mondiale?*, *op.cit.*; pag.176. Anche Albert Bleckman è favorevole all'ipotesi che il diritto internazionale generale sia stato incorporato nella Carta: Id., *Article 2(1)*, pagg.77-79, in Bruno Simma (a cura di), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, pagg. 77-79.

⁶⁸ Dupuy si è occupato del tema, da ultimo, in *Ultimes remarques sur la constitutionnalité de la Charte des Nations unies*, in *La Charte des Nations unies. Une Constitution mondiale?*, *cit.*

⁶⁹ V. la nota 97 in "The Constitutional Dimension of the Charter...", *cit.*

⁷⁰ Cfr. Bardo Fassbender, "The UN Charter...", *cit.*, pag.594; v. anche Id., *The Meaning of International Constitutional Law*, in Ronald St. John Macdonald e Douglas M. Johnston (a cura di.), *Towards World Constitutionalism...* *op.cit.*, pagg.837-851; v. , da ultimo, Bardo Fassbender, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2009.

⁷¹ Per Fassbender "the Charter has the advantage of reliably providing, as a *visible document*, an authoritative statement of both the fundamental rights and responsibilities of the members of the international community and the values to which this community is committed": cfr. Bardo Fassbender, "The UN Charter...", *cit.*, pag. 617.

all'organizzazione del sistema responsabile dell'attuazione della prima⁷². Tale posizione fa preciso riferimento a posizioni espresse ai margini del dibattito della Conferenza di San Francisco⁷³, e costituisce un ulteriore sviluppo rispetto all'approccio di Verdross e Simma, i quali non arrivano a sostenere che la Carta avrebbe inglobato pienamente il diritto internazionale generale. Quanto alla dimensione propriamente materiale, occorre sottolineare subito che in base a tale impostazione la costituzione internazionale sarebbe costituita da norme che si impongono agli Stati a prescindere dal loro consenso⁷⁴, mentre la questione del rapporto tra fonti viene risolta in Fassbender sostenendo la sostanziale concidenza tra norme di jus cogens, norme che pongono obblighi erga omnes e norme costituzionali. Se Fassbender sostiene che la Carta avrebbe incorporato il diritto internazionale generale, ciò non implica tuttavia che altri accordi internazionali successivi al 1945 non possano godere dello stesso status costituzionale, purché coerenti con il dettato e le finalità della Carta, o più precisamente - attraverso un processo di "constitutional by-laws" della Comunità internazionale - nel caso in cui "svilupolino ulteriormente il diritto costituzionale della Carta⁷⁵". Questa interessante griglia interpretativa permette di risolvere *de lege lata* complesse questioni giuridiche d'attualità quali il livello dovuto di tutela degli individui oggetto di misure sanzionatorie da parte del Consiglio di sicurezza nell'ambito della lotta al terrorismo, affermando che le norme a tutela dei diritti umani contenute nella Dichiarazione universale dei diritti umani, nella Convenzione sulla prevenzione e punizione del genocidio, nella Convenzione sull'eliminazione della discriminazione razziale e nei due Patti internazionali sui diritti umani del 1966 sono divenute parte integrante del "fondamento costituzionale" della Comunità internazionale⁷⁶ e quindi da rispettare in ogni evenienza. Un simile processo di "constitutional by-laws", inoltre risponde alle critiche di chi osserva che la Carta delle Nazioni unite risulta essere ormai superata nella "identificazione dei valori fondamentali alla base della costituzione internazionale universale⁷⁷".

Un'enfasi particolare sul ruolo della Carta delle Nazioni unite a favore dell'introduzione di elementi costituzionali nell'ordinamento internazionale viene posta anche dagli autori che si riconoscono in un approccio definito di "world constitutionalism"; piuttosto che sugli elementi normativi (come ad esempio la produzione di norme di diritto cogente), tuttavia, essi pongono l'attenzione sulla "rivitalizzazione" del Consiglio di sicurezza successiva alla determinazione

⁷² Ivi, pag. 589

⁷³ Per una ricostruzione: J.-L. Brierly, "The Covenant and the Charter", 23 *British Year Book of International Law* 1946, pag. 83, il quale a proposito della Carta affermò che "constitutions always have to be interpreted and applied, and in the process they are overlaid with precedents and conventions which change them after a time into something very different [...]".

⁷⁴ V. Bardo Fassbender, *The Meaning of International Constitutional Law*, cit., nota 19 a pag. 837.

⁷⁵ Cfr. Bardo Fassbender, "The UN Charter...", cit., pag. 588. Tuttavia, le norme della Carta prevarrebbero in ragione dell'articolo 103 della Carta, e "cannot be constitutional treaty or customary law supplementing the Charter in areas where the Charter has set out comprehensive rules that leave no room for additional prescriptions": *ibidem*.

⁷⁶ Cfr. Bardo Fassbender, *Targeted Sanctions and Due Process...*, cit., pag. 26.

⁷⁷ V. Marc Weller, cit., pag. 181.

innovativa delle circostanze che costituirebbero una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionali⁷⁸. Il diritto dei diritti umani non è estraneo a tale dibattito, nel momento in cui si consideri che *gross violations* dei diritti umani sono state ripetutamente qualificate dal Consiglio di sicurezza come una forma di minaccia alla pace e alla sicurezza internazionali⁷⁹. Numerosi voci in dottrina contestano fermamente tuttavia l'affermazione in base alla quale gli sviluppi recenti nella tipologia di azioni intraprese dal Consiglio di sicurezza costituirebbero un indizio evidente del processo di costituzionalizzazione internazionale⁸⁰. Del resto anche *Reisman*, quando si riferisce alla "crisi costituzionale" delle Nazioni unite pensa fondamentalmente ai risultati – ritenuti inadeguati – dell'azione del Consiglio di sicurezza in attuazione del proprio mandato di organo principale per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionali nel contesto delle crisi internazionali occorse nell'ultimo decennio del secolo scorso. La sua conclusione, pertanto, è che la Carta delle Nazioni unite sia solo parte di un più ampio processo costitutivo mondiale in corso, mentre un complessivo apprezzamento di come il dettato della Carta abbia trovato finora attuazione comporterebbe senz'altro un'analisi critica nonché lo studio di forme alternative di organizzazione internazionale. Occorre però sottolineare come la Scuola di New Haven utilizzi i concetti di "processi costitutivi" e di "decisioni costitutive" secondo delle accezioni proprie e in una ricostruzione peculiare del diritto internazionale, che non corrisponde alla nostra⁸¹.

Infine, *Frowein*, nel suo corso generale tenuto all'Accademia del diritto internazionale dell'Aja nel 1994, identifica nella progressiva costituzionalizzazione della Comunità internazionale il dato di partenza al fine di analizzare gli sviluppi nella teoria e prassi del regime della responsabilità degli Stati per l'illecito internazionale, con particolare riferimento

⁷⁸ Secondo tale approccio, il Consiglio di sicurezza deterrebbe ormai un'autorizzazione da parte della comunità mondiale ad imporre l'ordine in situazioni pericolose, "an authority which transgresses a war/prevention to a war/management mandate": Cfr. Ronald Saint John Macdonald e Douglas M. Johnston, *Introduction*, in *Id.* (a cura di), *Towards World Constitutionalism*, xv.

⁷⁹ Per ulteriori riferimenti, vedi Maurizio Arcari, *Tutela dei diritti umani e misure del Consiglio di sicurezza*, in Laura Pineschi, *La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*, Milano: Giuffrè, 2006. Sul punto, v. anche Bruno Simma, *From Bilateralism to Community Interest*, cit., pagg. 272 ss.

⁸⁰ Da ultimo, Condorelli, – il quale pur ammette che si possano ritenere i principi della Carta come costituzione materiale della Comunità internazionale – « [...] l'élargissement progressif de la sphère des compétences du Conseil de sécurité, dépendent de l'élargissement démesuré de la notion de sécurité collective, pousse vers le sommet de la hiérarchie du droit international les décisions du même Conseil, au lieu d'y asseoir les principes de la Charte (et/ou les *jus cogens*) »: cfr. Luigi Condorelli, *La Charte, source des principes fondamentaux du droit international*, pag. 171, in *La Charte des Nations unies : Une constitution mondiale ?*, cit, pag. 171.

⁸¹ I primi sarebbero "i processi di autorità esercitati per creare uno schema istituzionale per le decisioni e per allocare funzioni indispensabili": cfr. Myres S. McDougal *et alii*, *The World Constitutive Process of Authoritative Decision*, in Myres S. McDougal e W. Michael Reisman, *International Law Essays: A Supplement to International Law in Contemporary Perspective*, 1981, pag. 195. Un processo costitutivo sarebbe the decisions which identify and characterize the different authoritative decision-makers in a community, specify and clarify basic community policies, establish appropriate structures of authority, allocate bases of power for decision and sanctioning purposes, authorize procedures for making the different kinds of decisions, and secure the continuous performance of all different kinds of decision functions (intelligence, promotion, prescription, etc...) necessary to making and administering general community policies: v. Harold D. Lasswell e Myres McDougal, *Jurisprudence for a Free Society*, Leiden: Nijhoff, 1992, pag. 93,.

all'istituzionalizzazione delle reazioni all'illecito internazionale e al ruolo complementare svolto dagli Stati non direttamente lesi. Frowein fa sì riferimento ad una costituzione mondiale ormai compresa nella Carta delle Nazioni unite, la cui esistenza sarebbe implicita nella sola competenza del Consiglio di sicurezza di adottare decisioni vincolanti nei confronti degli Stati membri. Tuttavia, secondo Frowein il fenomeno della costituzionalizzazione sta avendo luogo parallelamente al livello regionale, dal momento che trattati come la CEDU o altri trattati multilaterali che riconoscono e rafforzano valori costituzionali comuni e istituiscono regimi oggettivi contribuiscono a sviluppare un "overall constitutional system existing in the world community"⁸².

2.5. Teorie sulla costituzionalizzazione dell'ordine internazionale e multi-level constitutionalism

Un approccio rilevante per il presente dibattito che si è originato nell'ambito degli studi sull'integrazione europea, è quello noto con il nome di *multi-level constitutionalism*⁸³; in base a tale prospettiva, l'Unione europea sarebbe già dotata di una costituzione multi-livello, formata dalle costituzioni degli Stati membri "riunite da un corpo giuridico costituzionale complementare" rappresentato dal Trattato istitutivo della Comunità europea e del Trattato sull'Unione europea⁸⁴. Come per *Peters*, la quale afferma che all'erosione della sovranità statale deve corrispondere un controllo costituzionale dei livelli sub-nazionali e sopranazionali di esercizio del potere pubblico che in tale processo hanno acquisito nuove competenze⁸⁵, anche secondo l'approccio del multi-level constitutionalism soltanto la costituzionalizzazione di tutti i livelli della governance europea – compresi i livelli regionali, nazionali e sopranazionali - può assicurare piena protezione costituzionale⁸⁶; l'ordinamento comunitario vedrebbe già una sovrapposizione delle previsioni costituzionali tra i diversi regimi (in questo senso si cita la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il cui contenuto è applicabile ad istituzioni, organi ed agenzie dell'Unione e ai Paesi membri in fase di attuazione di diritto dell'Unione⁸⁷) e tale compresenza di previsioni costituzionali afferenti a regimi diversi e di strutture responsabili del controllo sarebbe facilitata dal ricorso ai principi di sussidiarietà e di complementarità⁸⁸,

⁸² V. Jochen A. Frowein, *Reactions by Not Directly Affected States to Breaches of Public International Law*, 248 RdC 1994, pag. 357.

⁸³ V. Ingolf Pernice, *Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration. German Constitution and 'Multilevel Constitutionalism'*, in Eibe Riedel (a cura di), *German Reports on Public Law Presented to the XV. International Congress on Comparative Law*, 1998, pagg. 40–65.

⁸⁴ Cfr. Ingolf Pernice, "Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam...", *cit.*, pag. 706.

⁸⁵ A questo proposito Peters parla di "compensatory constitutionalism", v. *infra*, pag. 29.

⁸⁶ Questo l'argomento centrale di Thomas Cottier; Maya Hertig; Meinhard Hilf, *The Prospects of 21st Century Constitutionalism*, in Thomas Cottier (a cura di), *The Challenge of WTO Law: Collected Essays*, London: Cameron May, 2007, pag. 413-469.

⁸⁷ V. l'articolo 51 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, *cit.*

⁸⁸ Per quanto riguarda il principio di complementarità, lo Statuto di Roma, all'articolo 1, prevede che la Corte "shall be

oppure a “proxies” che - secondo *Maduro* – “may help us in identifying when we can apply the normative claims derived from global constitutionalism in its relation with the State⁸⁹”. I teorizzatori del multi-level constitutionalism, riconoscendo l’impossibilità di concettualizzare un simile quadro teorico prescindendo dai rapporti tra il regime europeo e l’ordinamento internazionale, hanno sviluppato un’interpretazione della costituzionalizzazione dell’ordine internazionale che viene definita “dimensione globale” del multi-level constitutionalism e in base a tale proposta anche la Comunità internazionale sarebbe definita da un insieme entità politiche eterogenee. Come tuttavia afferma *Pernice*, ciò che davvero contraddistingue tale approccio rispetto ad altre prospettive che si propongono di analizzare la decentralizzazione e la dispersione della sovranità è il fatto che esso analizzi il tema dell’evoluzione della governance europea dalla prospettiva dell’individuo, il quale “organizza la sua vita politica in comune accordo con altri membri delle rispettive comunità [al livello locale, regionale e nazionale], ai diversi livelli e a fini diversi⁹⁰”. Sempre secondo lo stesso autore, già nell’approccio del world constitutionalism si enfatizza il riferimento all’idea del “world citizen as the original basis and foundation of any institutions’ legitimacy⁹¹”. Tuttavia ancora più esplicitamente con l’approccio del multi-level constitutionalism si arriva a configurare la Comunità internazionale come esito della cooperazione tra enti ed organi eterogenei alla cui base vi sarebbe il rinnovarsi continuo di un contratto sociale inter-individuale. Ed è ciò che porta l’autore a concludere: “My view here is that sovereignty rests with the individual and its exercise is entrusted to the different levels of government⁹²”.

complementary to national criminal jurisdictions”; quanto al principio di sussidiarietà, Villani sostiene che esso sia implicitamente integrato nell’articolo 52.2 della Carta delle Nazioni unite, in cui si prevede che le organizzazioni regionali siano prioritariamente responsabili rispetto alle Nazioni unite della soluzione di controversie locali: v. Ugo Villani. *Les rapports entre l’ONU et les organisations régionales dans le domaine du maintien de la paix*, 290 *RdC* 2001. Sul punto, similmente, v. anche Waldemer Hummer e Michael Schweitzer, *Article 52*, in Bruno Simma (a cura di), *The United Nations Charter*, *op.cit.* Per il dibattito su sussidiarietà e diritti umani si veda l’edizione tematica della *RIDU*, Anno VII, gennaio-aprile 1994 – ed in particolare il contributo di Luigi Condorelli, “Il principio di sussidiarietà: uno, nessuno o centomila?” - e anche Dinah Shelton, *Subsidiarity, Democracy and Human Rights*, in Donna Gomien (a cura di), *Broadening the Frontiers of Human Rights: Essays in Honour of Asbjørn Eide*, pag.43, citato in Paolo G. Carozza, “Subsidiarity as a structural principle of international human rights law”, 97 *AJIL*, 2003, pagg.37-79. V.si anche Höffe Otfried, “Subsidiarity as a principle in the philosophy of government”, 56/6 *Regional and Federal Studies* 1996 e Andrea Giardina, *Responsabilità internazionale, esaurimento dei mezzi interni di ricorso e carattere sussidiario della tutela internazionale dei diritti dell’uomo*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli: Ed. Scientifica, vol. 2, 2003, pagg. 1019-1037. Per un inquadramento del tema in ambito Unione europea, v. Leonard F.M. Besselink, “Entrapped by the Maximum Standard: On Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the EU”, 35 *CMLR* 1998, pagg.629–680.

⁸⁹ Cfr. Luís Miguel Pórigues Pessoa Maduro, *From Constitutions to Constitutionalism...*, *pag.cit*, pag. 252.

⁹⁰ Cfr. Ingolf Pernice, *The Global Dimension of Multilevel Constitutionalism...*, *cit.*, pag.991. Secondo l’autore: “multilevel constitutionalism describes the “constitution” of Europe as a process of progressive allocation, division, organisation of powers at different levels of competence and action, a process finally driven by the citizens concerned and through the procedures more or less clearly defined by the national constitutions involved”: *ibidem*.

⁹¹ *Ibidem*; il riferimento è alla Premessa di Tommy Koh in Ronald Saint John Macdonald e Douglas M. Johnston (a cura di), *Towards World Constitutionalism*, *.cit.*

⁹² Cfr. Ingolf Pernice, *The Global Dimension of Multilevel Constitutionalism...*, *cit.*, pag.989, nota 60.

2.6 Recenti contributi sulla costituzionalizzazione dell'ordine internazionale nell'ambito della globalizzazione

Vanno quindi segnalati i contributi sul tema della costituzionalizzazione internazionale di una nuova generazione di studiosi, i quali presentano una particolare attenzione al dibattito politologico relativo al processo di ri-allocazione del lavoro politico tra una molteplicità di attori di carattere governativo (comprese le entità di governo sub-territoriale), inter-governativo e non-governativo, attraverso l'applicazione dei principi di specializzazione funzionale e di sussidiarietà, dedicando uno specifico profilo d'indagine alle conseguenze per l'istituzione statale del configurarsi di una simile "post-national constellation"⁹³. In particolare, tali analisi si propongono di fornire una valutazione giuridica della compresenza nell'ordine internazionale di molteplici sistemi politici (polities) a cui corrisponde la condivisione di una serie di valori ad essi comuni⁹⁴. Da una simile prospettiva, se le funzioni decisionali sono progressivamente trasferite dal livello dello stato nazionale ad attori regionali o internazionali e settoriali-funzionali, l'esercizio del controllo sul potere pubblico sarebbe svolto attraverso procedure internazionalmente integrate, attraverso quello che *Walter* ha definito un "Verfassungskonglomerat"⁹⁵. Una simile proposta sembrerebbe contrastare con una visione di ordine costituzionale totale o esclusivo secondo la quale le funzioni costituzionali sono disciplinate da un unico documento⁹⁶, dal momento che il rapporto tra i regimi o le reti settoriali-funzionali che definiscono la governance internazionale sarebbe caratterizzato da un'interazione minima sprovvista di elementi gerarchici (cosiddetto "modello del networking"); premesso che anche gli assertori più convinti della frammentazione del diritto internazionale ammettono che ogni regime funzionale non si collochi in un vuoto normativo – il che corrisponde in ultima istanza ad accettare un determinato grado di unitarietà dell'ordinamento internazionale⁹⁷ - alcuni tra i fautori della costituzionalizzazione di un ordine internazionale decentrato tendono ad affermare che i diversi regimi settoriali hanno una funzione complementare rispetto al regime maggiore, rappresentato dal nascente ordine costituzionale internazionale avente nel sistema della Carta delle Nazioni unite "il suo principale strumento

⁹³ V. *infra* nota 41 e anche Charlotte Ku, *Forging a Multilayered System of Global Governance*, pagg. 631-651, in Ronald Saint John Macdonald e Douglas M. Johnston (a cura di), *Towards World Constitutionalism*, *cit.*

⁹⁴ A questo proposito, si veda Miguel Poiates Maduro, *Europe and the Constitution: What if This is as Good as It Gets?*, pag.101, in J.H.H. Weiler e Marlene Wind, *European Constitutionalism Beyond the State*, *op.cit.*, pag. 82, citato in Erika De Wet, "The International Constitutional Order", 55/1 *ICLQ* 2005, pagg. 51-76, pag.52. Nello stesso volume, v. anche Neil Walker, *Post-national constitutionalism and the Problem of Translation*, *cit.*

⁹⁵ V. Christian Walter, "Constitutionalizing (inter)national Governance", *cit.*, pag.173.

⁹⁶ Ivi, pag.192. Walter osserva che: "Parting from the assumption that the processes of internationalization and globalization will lead to a network structure in which elements of national, transnational and international law have to be combined in order to comprehensively describe the structural changes, this author argues that the disaggregation of the state as a public authority and the decentralization of international law require abandoning the idea of a constitution".

⁹⁷ V. Martii Koskeniemi, "The Fate of International Law...", *cit.*

connettivo⁹⁸”.

De Wet indica esplicitamente che lo studio della costituzionalizzazione dell'ordine giuridico internazionale si riferisce al processo di ri-organizzazione e ri-allocazione delle competenze tra gli attori dell'ordinamento internazionale⁹⁹, precisando che, a suo avviso, l'esistenza di un ordine costituzionale internazionale si basa su tre elementi: la presenza di una Comunità internazionale (o, meglio, di una “international polity” costituita da più comunità internazionali parziali), un sistema valoriale internazionale e strutture rudimentali per la sua esecuzione (enforcement)¹⁰⁰. L'autrice sostiene che ciascuna comunità parziale - di natura regionale, nazionale o funzionale-settoriale - componente la Comunità internazionale posseda un proprio sistema di valori¹⁰¹, mentre un sistema valoriale internazionale-universale caratterizzato da elementi gerarchici e dotato di elementi guida utili a risolvere potenziali conflitti tra regimi starebbe gradualmente emergendo. Quanto all'esistenza di organi responsabili dell'attuazione di tali norme e della soluzione degli eventuali conflitti tra previsioni afferenti a regimi diversi, la *De Wet* fa evidentemente riferimento alle Nazioni unite, ma valorizza anche le giurisdizioni internazionali, quali la Corte penale internazionale ed il Tribunale del diritto del mare.

Un'altra studiosa che si è occupata del tema della costituzionalizzazione dell'ordine internazionale nel contesto della globalizzazione è *Peters*, la quale in premessa alla sua analisi avverte che i termini del dibattito non consistono nel valutare la possibilità di trasformare la società internazionale in un super stato, quanto nel “costituzionalizzare la governance globale (poli-centrica e multilivello)¹⁰²”. Per *Peters*, il diritto costituzionale internazionale (o globale) è costituito dalle regole più importanti che regolano le attività politiche e le relazioni nella “global polity” fatta di “Stati ed altri soggetti di diritto internazionale”¹⁰³. L'autrice si domanda inizialmente quali funzioni e contenuti si ricolleghino alla categoria di costituzione in generale: una costituzione è anzitutto responsabile dell'organizzazione e istituzionalizzazione di una entità politica (polity), essa deve svolgere le funzioni costituzionali tipiche (principalmente: limitare il potere politico ed organizzare un'entità politica) ed infine deve assicurare la legittimità del potere di una determinata entità politica garantendo la promozione e protezione del diritto dei diritti umani ad essa applicabili, coerentemente coll'enunciato dell'articolo 16 della Dichiarazione francese del 1789¹⁰⁴

⁹⁸ V. Christian Walter, “Constitutionalizing (inter)national Governance”, *cit.*, pag.pagg. 194-195.

⁹⁹ V. Erika De Wet, “The International Constitutional Order”, *cit.*, pag.51.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ *Ivi*, pag.56.

¹⁰² V. Anne Peters, “Compensatory Constitutionalism: the Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures”, 19/3 *Leiden Journal of International Law* 2006, pagg. 579-610, pag.610.

¹⁰³ *Ivi.*, pag. 582.

¹⁰⁴ Il quale recita: “Toute société dans la quelle la garantie des droits n'est pas assuré, ni la separation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution”.

Il fatto che gli ideali della democrazia e sovranità popolare, della separazione dei poteri, della promozione di garanzie di sicurezza sociale e dei diritti umani – tutti qualificati come elementi fondamentali di una nozione contemporanea di costituzione - non si siano ancora pienamente realizzati al livello internazionale, porta la Peters a concludere che “the international legal order either does not possess a full constitution in the narrowest, legitimist sense or that its constitution suffers from serious legitimacy deficiencies¹⁰⁵”: tuttavia, l’autrice aggiunge subito che tra gli elementi sopra citati solo il diritto internazionale dei diritti umani gode di un grado di accettazione pressoché universale ed in questo senso si potrebbe profilare l’ipotesi che esso rappresenti la prima componente riconoscibile della costituzione internazionale¹⁰⁶. Peters, inoltre, si dice fautrice dello sviluppo di una “rete costituzionale”, la quale integri “elementi ai diversi livelli ed in vari settori” (come il diritto dei diritti umani ed il diritto degli scambi), secondo la studiosa: “The term ‘network’, which is currently in vogue in various disciplines, is used here to describe relationships and interaction of norms and of their users. The network picture graphically describes relationships on an ideal scale between a horizontal/loose/market-like structure and a hierarchical/institutionalized/state-like one. The construction of a transnational constitutional network, *in which the relevant norms cannot be aligned in an abstract hierarchy*, has at least one important legal consequence: the resolution of eventual conflicts between international and national constitutional law requires a balancing of interests in concrete cases¹⁰⁷”. Occorre rilevare come, rispetto alla proposta di De Wet (fautrice dell’affermazione progressiva di un sistema di valori e norme fondamentali dell’intera Comunità internazionale), l’analisi di Peters da una parte sottolinei l’impossibilità di definire una “astratta gerarchia” tra norme costituzionali di origine interna o internazionale, ma si astenga dal precisare quale entità sarebbe responsabile della soluzione di conflitti tra le componenti di una simile rete nell’ambito di un contrasto tra norme o fonti diverse¹⁰⁸.

2.7 Ipotesi di una costituzionalizzazione dell’ordine internazionale fondata su diritti umani e diritto internazionale degli scambi

Prima di concludere questa breve ricognizione delle teorie costituzionalistiche, occorre prendere in considerazione quelle posizioni in dottrina che vedono il diritto degli scambi internazionali e le istituzioni e meccanismi da esso previsti – in primo luogo l’Appellative Body dell’Organizzazione mondiale del commercio (OMC)¹⁰⁹ - svolgere tipiche funzioni

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ *Ivi.*, pag. 585.

¹⁰⁷ V. Anne Peters, *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*, 2006 *LJIL* 19, pag. 601.

¹⁰⁸ *Ivi.*, pag. 602.

¹⁰⁹ In questo senso v. soprattutto Deborah Z. Cass, *The Constitutionalization of the World Trade Organization: Legitimacy, Democracy and Community in the International Trading System*, Oxford [etc.]: Oxford University Press,

costituzionali¹¹⁰. Per *Petersmann* - il quale si concentra specialmente sulla dimensione normativa del dibattito¹¹¹ - tra tali funzioni costituzionali sarebbe compresa anche la tutela dei diritti fondamentali:

By extending equal freedoms across frontiers and subjecting discretionary foreign policy powers to additional legal and judicial restraints [...] the WTO rules [...] serve 'constitutional functions' for rendering human rights and the corresponding obligations of governments more effective in the trade policy area¹¹².

Petersmann definisce quindi le norme internazionali a tutela dei diritti umani – incluso il “diritto alla libertà dei mercati” - e della governance democratica quali regole internazionali democratiche¹¹³; lo studioso tenderebbe anzi ad ammettere – come Steve Charnovitz – che il diritto internazionale degli scambi ed il diritto internazionale dei diritti umani siano “topologically similar¹¹⁴”, nel momento in cui entrambi pongono limiti non derogabili all'esercizio del potere statale; Petersmann fa anzi riferimento alla “constitutional primacy of the inalienable core of human rights¹¹⁵”, applicabile in seno all'Organizzazione mondiale del commercio. Premesso allora che non vi è consenso in dottrina nel ritenere che il sistema di soluzione delle controversie in seno all'OMC stia progressivamente identificando nel diritto

2005.

¹¹⁰ Sul tema v. recentemente due contributi inseriti sul volume 17 numero 3 dello *EJIL*: Jeffrey L. Dunoff, “Constitutional Concepts: The WTO's ‘Constitution’ and the Discipline of International Law”, pagg. 647-675 e Joel PAG. Trachtman “The Constitutions of the WTO”, pagg. 623-646. V. anche Laurence R. Helfer, “Constitutional Analogies in the International Legal System”, 37 *Loyola of Los Angeles Law Review* 2003, pag. 193; Robert Howse e Kalypso Nicolaidis, “Legitimacy and Global Governance: Why Constitutionalizing the WTO is a Step Too Far”, in Roger *et alii* (a cura di), *Efficiency, Equity and Legitimacy: The Multilateral Trading System at the Millennium*, Washington, D.C.: Brookings Institution Press, 2001, pag. 227;; John H. Jackson, “The WTO ‘Constitution’ and Proposed Reforms: Seven ‘Mantras’ Revisited”, 4 *Journal of International Economic Law* 2001, pag.67-78; John O. McGinnis e Mark L. Movsesian, “The World Trade Constitution”, 114 *Harvard Law Review* 2000, pag.511-605.

¹¹¹ Nonostante non manchino, nei suoi scritti, riferimenti al livello istituzionale: Dunoff osserva infatti come per Petersmann “[c]onstitutionalism’s foundational insight is that the central political question is not who shall govern, but rather ‘how must laws and political institutions be designed, [...] so that even incompetent rulers and politicians cannot cause too much harm’”: cfr. Jeffrey L. Dunoff, “Constitutional Concepts...”, *cit.*, p- 638 (il riferimento è a Ernst-Ulrich Petersmann, “How to Reform the UN System? Constitutionalism, International Law, and International Organizations”, 10/3 *LJIL* 1997, pagg. 421-474). Dello stesso autore, più recentemente Human rights, constitutionalism and international economic law in the 21st century, London: Hart, 2010; v. anche Ernst-Ulrich Petersmann, “The WTO Constitution and Human Rights”, 3 *Journal of International Economic Law* 2000, pagg. 19-25; Ernst-Ulrich Petersmann, “Constitutionalism and International Organizations”, 17 *Northwestern Journal of International Law & Business* 1997, pagg. 398-469; Ernst-Ulrich Petersmann, “Time for a United Nations ‘Global Compact’ for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration”, 13/3 *EJIL* 2002, pagg. 621-650; Ernst-Ulrich Petersmann, *The WTO Constitution and the Millennium Round*, in Marco Christian Eugène Joseph Bronckers e John Howard Jackson (a cura di), *New Directions in International Economic Law*, The Hague [etc.]: Kluwer Law International, 2000; Ernst-Ulrich Petersmann, *How to Constitutionalize the United Nations? Lessons from the ‘International Economic Law Revolution*, pagg. 313-352, in Volkmar Götz *et alii* (a cura di), *Liber amicorum Günther Jaenicke, zum 85*, Berlin [etc.]: Springer, 1998; Ernst-Ulrich Petersmann, *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, Fribourg: University Press, 1991.

¹¹² Cfr. Ernst-Ulrich Petersmann, “Time for a United Nations ‘Global Compact’”, *cit.*, pag.644, citato in Jeffrey L. Dunoff, “Constitutional Concepts...”, pag. 654.

¹¹³ V. Ernst-Ulrich Petersmann, *Theories of Justice, Human Rights and the Constitution of International Markets*, EUI Law Department Working Paper, 2003/17.

¹¹⁴ Cfr. Steve Charnovitz, “The Globalization of Economic Human Rights”, 25 *Brooklyn Journal of International Law* 1999, pag.113, citato in Miguel Poirares Maduro, “From Constitutions to Constitutionalism...”, *cit.*, pag. 242.

¹¹⁵ Cfr. Ernst-Ulrich Petersmann, “Time for a United Nations ‘Global Compact’”, *cit.*, pag.644, citato in Jeffrey L. Dunoff, “Constitutional Concepts...”, pag. 654.

internazionale dei diritti umani un riferimento normativo prevalente su altre basi di diritto¹¹⁶, altre voci in letteratura hanno messo in luce come l'approccio dello studioso tedesco tenda in ultima istanza a disconoscere il concetto di interdipendenza nella promozione dei diritti economici e sociali e dei diritti civili e politici, oltre a sopravvalutare le procedure e i meccanismi deputati ad assicurare il principio della trasparenza democratica nell'ambito del funzionamento dell'OMC¹¹⁷.

2.8. Costituzionalizzazione internazionale e diritto amministrativo globale

Occorre infine prendere in considerazione l'eventuale rilevanza dell'approccio del cd. "diritto amministrativo globale" (*Global Administrative Law*, abbr. *GAL*) ai fini della ricostruzione ed interpretazione del fenomeno della costituzionalizzazione dell'ordine internazionale. Il diritto amministrativo globale costituisce un recente paradigma di interpretazione giuridica che si propone di analizzare i "meccanismi giuridici, i principi, la prassi e le motivazioni sociali, i quali promuovono o comunque condizionano l'accountability di organi amministrativi globali, in particolar modo assicurando che tali organi rispettino standard adeguati in materia di trasparenza, consultazione, razionalità e legalità, nonché offrendo modalità efficaci di revisione delle regole e decisioni che vengono adottate da tali organi¹¹⁸". La qualificazione di tale diritto come 'globale' anziché 'internazionale' è giustificato dalla constatazione che i processi di gestione della governance globalizzata, i quali costituiscono l'area di analisi di questo filone di studio, coinvolgono una pluralità di attori il cui comportamento si ritiene non essere preso sufficientemente in considerazione dal diritto internazionale, almeno in una sua interpretazione classica: si tratta ad esempio di funzionari statali operanti al livello internazionale con limitate istruzioni da parte dei loro governi, oppure i rappresentanti di burocrazie internazionali o altri soggetti privati. I fautori dell'approccio del GAL sostengono che la progressiva sistematizzazione di un corpo giuridico di norme amministrative a livello mondiale stia dando vita a un diritto che "could be grounded in a revived version of *ius gentium* that could encompass norms emerging among a wide variety of actors and in very diverse settings, rather than depending on a *ius inter gentes* built among agreement among states¹¹⁹". Tuttavia, uno dei maggiori esponenti di questa scuola, *Sabino Cassese*, osserva che "a differenza degli ordinamenti nazionali, l'ordinamento globale è privo di un fondamento costituzionale", o meglio, che l'introduzione di elementi costituzionali (e principalmente, il riconoscimento dei diritti umani e la previsione di regole che governano le

¹¹⁶ Tanto che, Dunoff afferma che "Petersmann's writings as largely normative or aspirational, rather than descriptive": cfr. Jeffrey L. Dunoff, "Constitutional Concepts...", *cit.*, pag. 659.

¹¹⁷ V. Philip Alston, "Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann", 13/4 *??EJIL*2002; pagg. 815-844; simili argomentazioni anche in Robert Howse, "Human Rights in the WTO: Whose Rights, What Humanity?", 13/3 *??EJIL*2002, pagg. 651-659.

¹¹⁸ Nico Krisch e Benedict Kingsbury, "Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order", 17 *EJIL* 2006, pag. 1. V. anche Kingsbury, Krisch and Stewart, 'The Emergence of Global Administrative Law', 68 *Law & Contemporary Problems* (2005) 15.

¹¹⁹ V. Benedict Kingsbury, "The Administrative Law Frontier in Global Governance", 99 *Proc. ASIL* 2005.

fonti del diritto) è ancora ad uno stadio troppo rudimentale affinché si possa parlare di un processo di costituzionalizzazione di tale ordinamento. E' questa la ragione per cui la questione della *accountability* del diritto amministrativo globale costituisce attualmente uno dei principali obiettivi di studio degli aderenti a tale approccio¹²⁰. In particolare, gli studiosi del diritto amministrativo globale si sono proposti di analizzare il ricorso uniforme nei processi di regolazione amministrativa globale ai seguenti principi: la trasparenza del procedimento amministrativo, la tutela del diritto all'accesso alle informazioni, la partecipazione, il diritto alla revisione del procedimento amministrativo ed il diritto ad ottenere una motivazione scritta degli atti amministrativi. Si tratta in alcuni casi di principi già solidamente riconosciuti nel diritto pubblico comparato, in altri di principi che sono spesso ritenuti centrali nella 'buona amministrazione' e nel miglioramento della qualità dei servizi amministrativi per i cittadini, ma di dubbia forza normativa. Da quanto precede risulta evidente come il tentativo di leggere il diritto internazionale attraverso la lente del Global Administrative Law porti ad una sua deformazione. I principi fondamentali ai quali gli studiosi del GAL si richiamano sono quelli tipici del diritto amministrativo dei Paesi di tradizione europea, ma taluni non sembrano assumere la medesima rilevanza per il diritto internazionale, mentre altri, anche laddove osservati, non garantirebbero di per se stessi il medesimo livello di tutela già raggiunto dal diritto internazionale vigente. A questo proposito è curioso che i fautori del GAL facciano talora riferimento a norme vigenti di diritto dei diritti umani come presunta prova dell'emergere di un diritto amministrativo globale in seno al diritto internazionale stesso, un fenomeno che Kolb descrive ironicamente come la trasformazione progressiva del diritto internazionale (che è già strutturalmente costituzionale) in diritto amministrativo¹²¹. E' il caso dell'articolo 3.1 della Convenzione sui diritti dei bambini, il quale prevede che "in tutte le azioni aventi un impatto sulle vite dei bambini, siano esse intraprese da istituzioni pubbliche o private, tribunali, autorità amministrative o organi legislativi, il primario interesse del bambino dovrà costituire la principale preoccupazione¹²²". I fautori della Global Administrative Law citano anche la giurisprudenza recente del Tribunale di prima istanza e della Corte di giustizia delle Comunità europee nei casi relativi all'adozione di sanzioni individuali in attuazione di diritto derivato delle Nazioni unite – una situazione di cui ci occuperemo in maniera esaustiva nella terza parte di questo lavoro - come casi studio esemplificanti l'emergere di un diritto amministrativo globale. La decisione da parte di un tribunale amministrativo [sic] come la Corte di giustizia

¹²⁰ Cfr. Sabino Cassese, "Administrative Law without the State?", 37 *International Law and Politics* 2005, pag. 688. V. anche Christophe Moellers, "Transnational Governance without a Public Law?", in *Christian Joerges* (a cura di), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford: Hart, 2004, pag. 327. V. anche la discussione sull'applicazione dei diritti umani nel contesto di governance dell'Unione europea, in Joshua Cohen e Charles F. Sabel, "Global Democracy", *ivi*, pagg. 790-794.

¹²¹ Cfr. Robert Kolb, "La structure..", *cit.*, pag. 73. Per Kolb, il diritto internazionale è "in permanenza costituzionale", in quanto un diritto sostanzialmente di grandi principi, in contrasto ad un tipo di diritto amministrativo "qui enserre les phénomènes sociaux qu'il adresse dans les mailles d'une réglementation beaucoup plus capillaire": *ibidem*.

¹²² O, similmente, l'articolo 33 della Convenzione internazionale dei diritti dei lavoratori migranti e delle loro famiglie, il quale prevede una serie di obblighi direttamente eseguibili da parte delle autorità amministrative degli Stati parti, come il fatto che le decisioni relative ad un'espulsione debbano essere motivate e in una lingua conosciuta dal destinatario della decisione. Un altro caso è rappresentato dall'obbligo di non-refoulement previsto all'articolo 3 della Convenzione sulla lotta alla tortura nei seguenti termini: "No State Party shall expel, return or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture".

delle Comunità europee nel caso Kadi dimostrerebbe cioè lo stato avanzato di sviluppo del diritto amministrativo globale, un corpus giuridico che permetterebbe un grado di tutela di determinati principi fondamentali e garantiti al livello interno e internazionale più efficace rispetto ai sistemi di garanzia previsti dal diritto internazionale pubblico¹²³. Tuttavia, a nostro parere, la maggiore debolezza del GAL è che la sua agenda esclude esplicitamente l'analisi di tutte le norme sostanziali che definiscono i limiti entro cui si esercita il potere amministrativo, concentrandosi invece sulla “operation of existing or possibile principles, procedural rules, review mechanisms, and other mechanisms relating to transparency, participation, reasoned decision-making and assurance of legality in global governance¹²⁴”. In questo modo il GAL accusa pienamente i suoi limiti intellettuali, limitandosi ad applicare al sistema della governance internazionale (cioè, nel pensiero dei suoi autori, al diritto internazionale del futuro) la metodologia sviluppata dal diritto amministrativo statunitense per assicurare l'efficienza del funzionamento del potere esecutivo. Sulla base di questa breve ricostruzione, l'approccio del diritto amministrativo globale non appare pertanto particolarmente adatto al fine di analizzare la portata e la natura costituzionale del diritto dei diritti umani, considerata soprattutto la vocazione di tale approccio a concentrarsi fundamentalmente sulla descrizione e semmai sulle proposte di miglioramento dei processi amministrativi internazionali, piuttosto che sul funzionamento dei meccanismi di attuazione del diritto internazionale dei diritti umani, il quale si ancora solidamente su fonti vigenti del diritto internazionale. Ciò detto, l'approccio del GAL presenta pur tuttavia un elemento di interesse per la nostra ricerca, perché porta all'attenzione l'esistenza di numerosi esempi, nei quali considerazioni relative al diritto internazionale dei diritti umani si integrano nel processo decisionale politico e amministrativo a livello nazionale o regionale. Vi è tutta una serie di processi, meccanismi e istituzioni amministrative interni agli ordinamenti nazionali, i quali fanno ricorso nell'ambito del loro funzionamento a norme internazionali sui diritti umani o a istituzioni internazionali sui diritti umani, e la cui azione sfugge talora all'attenzione degli studiosi di diritto internazionale: pensiamo ai difensori civici, a varie istituzioni nazionali dei diritti umani, alle reti e coordinamenti regionali ed internazionali di ombudsperson, nonché ai processi di controllo del rispetto del diritto dei diritti umani da parte delle imprese profit, comprese quelle transnazionali.

3. Proposte di definizioni di costituzionalizzazione dell'ordine internazionale

3.1. Apprezzamento della dottrina

Nel precedente paragrafo sono state individuate otto diverse impostazioni dottrinali le quali hanno diversamente prospettato il processo di costituzionalizzazione dell'ordine internazionale. A dispetto delle varie e profonde divergenze, a nostro avviso resta nondimeno

¹²³ In questi termini, v. Euan MacDonald, “The “Emergence” of Global Administrative Law?”, sul sito NYU clinic on global administrative law, <http://www.irpa.eu/public/File/Global%20Administrative%20Law/ViterboMacDonald.pdf>, pag. 14.

¹²⁴ V. Benedict Kingsbury, Nico Krisch e Richard B. Stewart, *The emergence of global administrative law*, 68 *Law and Contemporary Problems* 2005, pag. 29.

possibile rintracciare un elemento comune nelle definizioni concettuali proposte dai diversi autori. Bisogna osservare a questo proposito come lo schema proposto dal Verdross, per il quale una costituzione descrive quelle norme che definiscono la produzione e l'esecuzione delle norme, da una parte e la definizione della soggettività e della giurisdizione, così come la struttura, la divisione e la distribuzione delle sfere di giurisdizione dall'altra, si sovrapponga a tutti gli approcci successivi qui presi in considerazione, con l'esclusione del diritto amministrativo globale e dell'approccio fondato sul diritto internazionale degli scambi. La definizione di costituzione internazionale data da Verdross si ricollega chiaramente alla sua impostazione monista, per cui ad esempio confluiscono nella nozione di costituzione quelle norme di carattere consuetudinario relative al riconoscimento degli Stati e a anche al diritto dei trattati. Come vedremo meglio nel capitolo successivo, tuttavia, questa accentuazione monista non è necessaria per l'utilizzazione del concetto, tanto che – come abbiamo visto – la prima definizione del maestro rifletteva una visione esclusivamente organica¹²⁵. Tuttavia, nella seconda tipologia di funzioni assegnate da Verdross alla costituzione internazionale, cioè la distribuzione del potere al livello internazionale, vi è probabilmente l'influenza del fenomeno dell'organizzazione istituzionale della Comunità internazionale.

Il superamento di una concezione formale di una costituzione per tenere pienamente conto anche dei suoi valori fondanti si verifica con l'ultima edizione dell'opera di Verdross co-edita con Simma. Tuttavia, l'identificazione della costituzione in generale con la Carta delle Nazioni unite non è priva di implicazioni problematiche: Simma e Verdross lasciano intendere infatti che la Carta delle Nazioni unite, in cui identificano la costituzione internazionale, abbia incorporato in parte o *in toto* il diritto internazionale generale, ed in particolare quelle norme fondamentali che permettono l'eguale partecipazione di tutti gli Stati alla società internazionale. Gli stessi autori, allo stesso tempo, riconoscono tuttavia la possibilità che la Carta delle Nazioni unite possa essere emendata attraverso lo sviluppo di norme di diritto internazionale generale, le quali pertanto godrebbero di vita propria indipendentemente rispetto alla Carta.

Dalla nostra prospettiva, concordiamo con i fautori della Carta delle Nazioni unite come costituzione internazionale, nel riconoscere nella negoziazione e adozione della prima un processo di natura rivoluzionaria nel sistema internazionale¹²⁶: non bisogna infatti sottovalutare la portata del riconoscimento internazionale di valori di portata universale, così come di decisioni irreversibili per la divisione delle competenze nella Comunità internazionale, con la proibizione dell'uso della forza armata e l'istituzione di meccanismi di cooperazione tra il

¹²⁵ In questi termini, Arangio-Ruiz ha pure affermato l'esistenza di una costituzione internazionale: "As a legal system [...] general international law has, in its way, a constitution. This constitution probably consists of what Hart calls the "rule of recognition" (*identifying primary rules*) and the principle of the legal equality of states": cfr. Gaetano Arangio-Ruiz, "The Federal Analogy...", *cit.*, pag. 6. Lo studioso continua osservando che "[o]ne should add perhaps the merely negative principle reflecting the maxim *superiorem non recognoscens*"; il corsivo è aggiunto.

¹²⁶ In questo senso, v. (P-M.) Dupuy, *L'unité...*, *cit.* pag. 345.

sistema previsto al capitolo VII della Carta e le organizzazioni regionali, quali implicazioni dell'adozione della Carta. Anche i fautori della Carta delle Nazioni unite come esempio tangibile e reale di costituzione internazionale, devono tuttavia riconoscere come una tale costituzione sia incompleta, nel momento in cui ad esempio essa non incorpori quelle (meta-)regole previste dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, ossia quelle norme che primariamente al livello internazionale assolverebbero alla funzione costituzionale di regolazione della produzione normativa. Poiché il principale argomento addotto da Verdross e Simma al fine di giustificare la qualificazione della Carta come costituzione internazionale è la sua accettazione universale da parte praticamente di tutti gli Stati del mondo, occorre chiedersi se ciò sia sufficiente e perché allora altri trattati che godono della partecipazione universale della comunità degli Stati non dovrebbero venire altrettanto assunti al rango di trattati costituzionali.

Come si è visto, lo sviluppo dato all'impostazione originaria di Verdross, tale da arricchire il concetto di costituzione, al di là delle (meta-)regole che sovrintendono alla soggettività internazionale, alla regolazione del sistema delle fonti e alla produzione delle norme, come regole dal contenuto materiale imperativo, non era stata seguita da Mosler. Quest'ultimo riteneva infatti che i valori giuridici fondamentali della Comunità internazionale - coincidenti con le norme istitutive di obblighi erga omnes - costituissero una categoria di norme indipendente dalla costituzione internazionale in senso stretto.

Tuttavia, è Tomuschat a riunire nello stesso concetto di "costituzione internazionale" 1) le norme fondamentali che secondo Verdross definiscono la costituzione internazionale con 2) l'ordine pubblico di Mosler: secondo Tomuschat, la costituzione di un sistema internazionale di governance altro non è che l'insieme delle (meta-)regole sulla disciplina delle funzioni di governo e del potere giudiziario ed inoltre le (meta-)regole sulla produzione delle norme, assieme ai valori fondamentali della Comunità internazionale. Anche gli studiosi che trattano il rapporto tra costituzionalizzazione e globalizzazione, come Peters, pongono l'accento su due categorie di funzioni costituzionali principali: anzitutto, la costituzione di un'entità politica in quanto ente di diritto, la sua organizzazione, la giustificazione della gestione del potere pubblico ed al tempo stesso il suo controllo. In secondo luogo - ma si tratta a nostro avviso di una funzione già ricompresa in quella di regolazione del potere pubblico - vi è la funzione di "legittimazione" di una costituzione, la quale fa riferimento alla promozione e protezione dei diritti umani, la separazione dei poteri, ma anche previsione della "democrazia" e di "un minimo di garanzie relative alla sicurezza sociale". Anche Fassbender recupera tale duplice valenza, insistendo sul fatto che la Carta delle Nazioni unite comprenda sia una dimensione sostanziale (comprendente l'esposizione di valori comuni, obiettivi e principi) che una seconda dimensione relativa all'organizzazione del sistema. La principale discontinuità con l'approccio di Tomuschat riguarda evidentemente la possibilità di rintracciare o meno nell'ordinamento

internazionale un unico strumento che integri adeguatamente sia le soprammenzionate (meta-)regole quanto l'elenco dei valori condivisi da tutta la Comunità internazionale. Per Tomuschat, lo si è già messo in luce sopra, la Carta delle Nazioni unite non costituisce l'unico documento costituzionale internazionale, ma piuttosto – alla pari di altri trattati “dell'ordine mondiale” – contiene determinate norme che contribuiscono a definire la costituzione internazionale.

Anche l'approccio del multi-level constitutionalism sembra non indicare chiaramente se il principio di sussidiarietà e quello di complementarità che guidano il coordinamento tra livelli diversi di governance riconoscano comunque elementi di sovraordinazione gerarchica di una fonte internazionale rispetto ad un'altra. La Carta delle Nazioni unite, ad esempio, per Walter rappresenta uno “strumento connettivo in un sistema costituzionale composto da soggetti diversi”, ma non una fonte gerarchicamente superiore. Dalla nostra prospettiva, vi è qui un aspetto maggiore che in definitiva non viene chiarito dai fautori di tale approccio, come del resto dagli studiosi che interpretano il processo di costituzionalizzazione internazionale come una reazione alla globalizzazione: l'idea dell'esistenza di diverse comunità valoriali parziali in seno all'ordinamento internazionale, da una prospettiva costituzionale, sarebbe accettabile solo se venissero forniti gli elementi utili a ricostruire una gerarchia di valori e comunque un sistema di soluzione delle eventuali difformità tra sistemi parziali e sistema universale: la proposta di “rete costituzionale” di Peters, ad esempio, non permette di identificare con chiarezza i criteri per l'individuazione di una gerarchia. Entrambi gli approcci pongono l'accento su un processo di ridefinizione della sovranità centrato sull'individuo ed enfatizzano il ruolo degli enti sub-regionali maggiormente prossimi all'azione e al controllo dell'individuo. In linea di massima, condividiamo l'interesse per tale modello, in quanto potenzialmente utile al fine di spiegare processi rilevanti *de lege ferenda* quanto alla suddivisione delle funzioni di gestione pubblica tra Stato e poteri decentrati. Tuttavia, riteniamo sia opportuno riconoscere che il processo di costituzionalizzazione internazionale, attraverso le due tendenze sopra identificate, coinvolga prevalentemente la comunità degli Stati ed i processi di cooperazione intergovernativi.

Sulla base di queste considerazioni, ci sembra che l'approccio di costituzionalizzazione dell'ordine internazionale più articolato sia quello proposto da Tomuschat, al quale accediamo. Riterremo pertanto la costituzionalizzazione dell'ordine internazionale quel processo di creazione di un'ideologia tendente alla chiarificazione/istituzionalizzazione dei meccanismi per la produzione e l'esecuzione delle norme, da una parte e la definizione della soggettività e della giurisdizione, così come la struttura, la divisione e la distribuzione delle sfere di giurisdizione, nonché – in secondo luogo – alla definizione e attuazione dei valori giuridici fondamentali della Comunità internazionale. Tale definizione rende chiaro che il fenomeno della costituzionalizzazione non può ridursi al fenomeno della verticalizzazione del sistema delle fonti del diritto internazionale, questione peraltro di estremo rilievo sia pratico che teorico, e in cui il diritto dei diritti umani svolge un ruolo importante. Né tantomeno, il fenomeno della

costituzionalizzazione si limita esclusivamente all'indebolimento della dimensione consensuale degli obblighi internazionali degli Stati, in particolare in materia di diritti umani¹²⁷. Infine, alla luce di queste considerazioni, riteniamo inoltre che il fenomeno della costituzionalizzazione internazionale non si risolva semplicemente nei processi di legalizzazione e istituzionalizzazione dell'ordinamento internazionale¹²⁸. Risulta essere pertanto giustificato il proposito di analizzare lo sviluppo del diritto dei diritti umani dalla specifica angolazione dell'ipotesi di costituzionalizzazione dell'ordine internazionale.

3.2. Le funzioni costituzionali svolte dal diritto dei diritti umani

Il passo successivo consiste nel confrontare le conclusioni in merito al significato di costituzione e costituzionalizzazione in teoria generale del diritto rispetto all'approccio alla costituzione internazionale ricavato dall'analisi del ricorso a tali nozioni nel diritto internazionale. Vediamo sostanzialmente una coincidenza tra due funzioni che una costituzione dovrebbe assolvere tanto al livello di ordinamento interno quanto al livello di ordinamento costituzionale: in primo luogo, l'organizzazione del potere pubblico e nello specifico la sua articolazione in potere legislativo, esecutivo e giudiziario, assieme alla previsione dei meccanismi fondamentali di produzione ed attuazione delle norme, ed in secondo luogo la previsione di valori fondamentali i quali servano l'obiettivo di limitare ma anche indirizzare il potere pubblico.

Riteniamo che il diritto dei diritti umani assuma un ruolo costituzionale principalmente rispetto allo svolgimento di questa seconda funzione. All'interno di tale funzione, è di immediata percezione il ruolo svolto dal diritto dei diritti umani al fine di limitare e controllare il potere pubblico. Il controllo dell'esercizio del potere pubblico avviene anzitutto attraverso l'operato di organi interni allo Stato, per il tramite della 'domesticazione' della tutela di norme sui diritti umani di origine internazionale. Tale controllo, inoltre, opererà in maniera differente a seconda del tipo di obblighi sui diritti umani in capo a ciascuno Stato. I meccanismi internazionali di controllo dell'attuazione di tali norme - siano essi di natura giurisdizionale o

¹²⁷ V. Christian Tomuschat, *Obligations for States...*, cit., pag. 306. Questo dato è messo in luce in particolare nel lavoro di Tomuschat, il quale rileva che: "the international community cannot accept that a State goes it alone, either as from birth or at a later stage by simply "withdrawing" and severing its ties with the rest of the world. Schwarzenberger, inoltre significativamente afferma: "[e]very legal system rests on a de facto order or quasi-order sustaining it [...] If this order or quasi-order is incorporated into the law, it embodies the fundamental political decisions on which the legal system concerned is based. Whether these rules are termed constitutional law, public policy or ordre public matters little. What does matter is that these rules are public law in the strict sense, that is, they cannot be modified by inter se agreements between individual parties. So long as the order or quasi-order behind the legal system lasts, they are jus cogens": *The Problem of International Constitutional Law in International Judicial Perspective*, in Jost Delbrück (a cura di), *Festschrift für Eberhard Menzel*, Berlin: Duncker und Humblot, 1975, pag. 249.

¹²⁸ V. Bruno Simma, *From Bilateralism to Community Interest*, cit., pag. 240ss.

quasi-giurisdizionale – rivestono soltanto un ruolo complementare. E' pertanto in relazione sia alla natura internazionale dell'origine delle norme sui diritti umani sia all'esistenza di specifiche procedure internazionali preposte alla verifica dell'attuazione di tali norme, al di là delle procedure disponibili in base al regime generale della responsabilità dello Stato, che si può parlare di un ruolo internazionale-costituzionale dei diritti umani nel controllo del potere pubblico. Il fatto che nella maggior parte dei casi tale controllo venga esplicato in relazione ad una condotta interna allo Stato stesso, non esclude la natura squisitamente internazionale di tale funzione costituzionale.

E' invece meno scontata una riflessione sul ruolo del diritto internazionale dei diritti umani ai fini dell'orientamento del potere pubblico. Occorre qui richiamare l'esistenza di obblighi positivi istituiti dalle norme sui diritti umani i quali, anche alla luce del riconoscimento dell'interdipendenza, dell'universalità e dell'indivisibilità dei diritti umani, definiscono il corpo giuridico del diritto internazionale dei diritti umani come teso alla realizzazione di sistemi politici nazionali e regionali capaci di promuovere e proteggere i diritti umani di tutte le persone soggette alla loro giurisdizione, e al livello internazionale, per parafrasare l'articolo 28 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, di instaurare "un ordine sociale e internazionale nel quale i diritti e la libertà enunciati [nella] Dichiarazione possano essere pienamente realizzati". Tale funzione, che definiremo – sulla scia di Peters – di legittimazione o orientamento dell'esercizio del potere pubblico o della governance, viene ricondotta esplicitamente al dettato dell'articolo 16 della Dichiarazione francese del 1789, per il quale "toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution"¹²⁹. Anche la funzione costituzionale riguarda tanto l'esercizio del potere pubblico da parte delle autorità statali che l'esercizio del potere pubblico al livello internazionale. In conclusione, secondo la nostra ipotesi di ricerca, il diritto dei diritti umani svolge delle funzioni costituzionali in via principale al livello interno ed in via complementare al livello internazionale, il cui medesimo beneficiario risulta essere l'individuo o la collettività.

¹²⁹ V. *supra*, pag. 33. Cfr. Anne Peters, "Compensatory Constitutionalism...", *cit.*, pag. 586. In base a questa considerazione, mentre tradizionalmente i fattori legittimanti del potere pubblico internazionale sono considerati essere la sovranità statale e l'effettivo esercizio del potere, ulteriori elementi – *in primis* il rispetto dei diritti umani o della dignità umana – a nostro avviso integrano (o addirittura sostituiscono) i tradizionali elementi di legittimazione.

CAPITOLO II

ESAME E CONFERMA DELLA CAPACITÀ DEL DIRITTO DEI DIRITTI UMANI DI SVOLGERE LE FUNZIONI COSTITUZIONALI DI CONTROLLO E ORIENTAMENTO DEL POTERE PUBBLICO

In questo capitolo desideriamo testare l'ipotesi dello svolgimento da parte del diritto dei diritti umani di un ruolo costituzionale al livello internazionale rispetto a tre problematiche generali. La prima riguarda l'efficacia del diritto dei diritti umani negli ordinamenti interni. Difficilmente infatti si potrà prospettare lo svolgimento di funzioni costituzionali nei termini sopra descritti da parte del diritto internazionale in presenza di una radicale discontinuità tra esso e i singoli ordinamenti nazionali. In secondo luogo, si prenderà in considerazione l'ipotesi, talora avanzata in dottrina, che il diritto dei diritti umani costituisca in realtà un corpo giuridico autonomo rispetto al tronco comune del diritto internazionale pubblico, e tale dunque da non potere caratterizzare l'intero ordinamento. Infine, verrà discussa criticamente la tesi di coloro i quali contestano l'esistenza di un unico corpo di diritto internazionale dei diritti umani, alla luce dello sviluppo di strumenti pattizi regionali e della proliferazione di meccanismi per la tutela di tali diritti al livello regionale.

1. Il diritto dei diritti umani nel dibattito "monismo, dualismo-pluralismo" ed il suo superamento

Allott, il quale riconosce nel "problema del costituzionalismo internazionale" la sfida centrale per i filosofi internazionalisti nel XXI secolo, evidenzia all'interno di tale problematica proprio la questione del rapporto tra ordinamenti interni ed ordinamento internazionale¹. Al termine di una recente ricerca avviata su iniziativa dell'Università di Amsterdam, Nijman e Nollkaemper giungono alla conclusione che il riconoscimento di valori universali gerarchicamente superiori comporta inevitabilmente il superamento di una rigida distinzione tra diritto internazionale e diritto interno². E' qui interessante rilevare le puntualizzazioni critiche

¹ Allott ritiene che "il primo e più importante passo per il costituzionalismo internazionale è ricostruire la nostra visione dell'ordine internazionale, cominciando dall'articolare la struttura eventuale di un ordinamento giuridico universale, l'ordinamento di tutti gli ordinamenti". Il problema è che, sullo stesso piano dell'international constitutional law, egli pone anche "international public law (the powers of international legal persons, the powers of international institutions), international public order law (international security); international administrative law (controlling the exercise of powers delegated by international law); international economic law (inter alia - international commercial law, international environmental law, international intellectual property law, international competition law, international securities law); international transnational law – international private international law [sic]; international criminal law (national jurisdiction over foreign offences, extradition, international criminal prevention and detection systems, jurisdiction over offences under international law: v. Philip Allot, "The Emerging Universal Legal System", *International Law Forum du droit international*, 2001, pagg. 12-17, The Hague, Kluwer international).

² V. Janne Nijman e André Nollkaemper, *Beyond the Divide*, in id. (a cura di), *New Perspectives on the Divide between National and International Law*, Oxford, OUP, 2007, pag. 342. V. anche Andrew Drzemczewski, Le faut débat entre monisme et dualisme, in Emmanuel Decaux (a cura di), *Droit international et droit français – contentieux des droits de*

nei contributi dei due studiosi italiani che hanno partecipato alla ricerca. Secondo Gaja, la visione dualista per cui il diritto internazionale ed il diritto interno costituiscono ordinamenti distinti alla luce del fatto che i destinatari di tali sistemi di norme sono diversi, con la conseguenza che gli individui non possono essere raggiunti dal diritto internazionale se non indirettamente, va ormai corretta anche alla luce dello sviluppo del diritto internazionale dei diritti umani e del diritto internazionale penale, corpi giuridici che segnano una continuità – che pur non corrisponde ad identità – tra diritto internazionale ed ordinamenti interni³. Per Arangio-Ruiz, invece, la dicotomia originaria proposta dalla scuola dualista-pluralista dovrebbe essere sostituita da una dicotomia più ampia che distingua il diritto internazionale da una parte ed i vari corpi di diritto inter-individuale, compresi anche i vari ordinamenti interni, dall'altra⁴.

In questa sezione, ci proponiamo di approfondire la questione dell'adattamento del diritto interno al diritto internazionale dei diritti umani e dell'efficacia di quest'ultimo diritto al livello degli ordinamenti interni. Prenderemo in considerazione questa tematica sia da una prospettiva monista quanto da una dualista/pluralista, prima di analizzare il ruolo significativo svolto dagli organi di supervisione del diritto convenzionale dei diritti umani nel favorire la “continuità” tra ordinamenti. In via preliminare, sono tuttavia necessarie alcune premesse di carattere generale.

1.1 Premesse sull'adattamento del diritto interno al diritto internazionale dei diritti umani

Abbiamo già brevemente ricostruito la natura degli obblighi internazionali istituiti dai trattati sui diritti umani; tali obblighi possono essere di vario tipo: obblighi di astensione da comportamenti lesivi (obblighi negativi), obblighi di adeguamento delle legislazioni nazionali secondo indicazioni normative chiare e complete (obblighi positivi di risultato), obblighi di vigilare affinché determinati risultati siano realizzati nei rispettivi ordinamenti nazionali (obblighi di ‘due diligence’) e obblighi di intraprendere misure di promozione graduale dei diritti riconosciuti (obblighi di realizzazione progressiva). Occorre ora invece soffermarsi sulla capacità di tali obblighi internazionali di esplicare effetti diretti all'interno degli ordinamenti

l'homme, Ecole nationale de magistrature, 1998, pag. 15.

³ V. Giorgio Gaja, *Dualism – A Review*, in Janne Nijman e André Nollkaemper (a cura di), *New Perspectives on the Divide between...*, cit., pag. 55. CONTRA Gaetano Arangio-Ruiz, “L'Etat dans le Sens du Droit des Gens et la Notion du Droit international”, 26 *Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 1975. Gaja cita sia la pronuncia della Corte internazionale di giustizia nel caso *LaGrand* in base alla quale un trattato bilaterale su questioni consolari “spells out the obligations the receiving State has towards the detained persons and the sending State [...] and creates individual rights”: cfr. ICJ Reports 2001, 494, par. 77. Egli cita inoltre l'articolo 33, paragrafo 2 del progetto di articoli della Commissione di diritto internazionale sulla responsabilità degli Stati, il quale afferma che: “This part is without prejudice to any right, arising from the international responsibility of a State, which may accrue directly to any person or entity other than a State”.

⁴ V. Gaetano Arangio-Ruiz, *International Law and Interindividual Law*, in Janne Nijman e André Nollkaemper (a cura di), *New Perspectives on the Divide between...*, cit., pag. 44. L'Arangio sottolinea anzi l'opportunità di meglio analizzare l'interazione tra ordinamenti delle istituzioni internazionali e ordinamenti nazionali ed il diritto internazionale, con particolare riferimento alla questione dell'adattamento al diritto internazionale generale.

nazionali. Una volta che ad un trattato sui diritti umani sia riconosciuta efficacia nell'ordinamento statale, nel caso di sistemi dualisti attraverso i vari procedimenti di adattamento⁵, come tipicamente l'ordine di esecuzione dei trattati, o in maniera automatica nel caso di sistemi monisti, si presentano diverse modalità di concreta attuazione⁶. Occorre osservare che i trattati sui diritti umani non indicano in maniera chiara ed esaustiva tali modalità di attuazione. Si rileva come in genere tali trattati prevedano delle clausole di applicazione interna, ossia delle disposizioni che identificano in maniera generale il tipo di condotta e comportamenti in capo agli Stati contraenti previsti dall'insieme delle norme del trattato. Così, l'articolo 2.2 del Patto internazionale sui diritti civili e politici impegna gli Stati parti "ad adottare le misure legislative necessarie al fine di rendere effettivi i diritti riconosciuti nel Patto, qualora non siano già garantiti in maniera equivalente nell'ordinamento interno". L'articolo 1 CEDU impegna gli Stati parti a "riconoscere" ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà definiti al titolo primo della Convenzione, e l'articolo 13 del medesimo trattato prevede invece il diritto ad un ricorso effettivo negli ordinamenti interni. Tali clausole, tuttavia, pur prevedendo per gli Stati destinatari delle norme sui diritti umani l'obbligo di rendere effettivi i diritti conformemente alle rispettive procedure costituzionali interne, nulla dicono a proposito della diretta applicabilità o meno delle norme sostanziali a tutela dei diritti umani. Qualora, infatti, gli ordinamenti interni dimostrino di poter dare applicazione diretta a tali norme di origine internazionale senza alcun ulteriore intervento legislativo, la diretta attuazione di questi ultimi non può essere esclusa richiamando le sopracitate clausole di applicazione. La dottrina ha chiarito che una gran parte delle norme sui diritti umani, ed in particolare le norme pattizie che indicano un obbligo negativo, siano di natura 'self-executing', ossia prevedano precetti chiari e completi senza lasciare margini di indeterminatezza rispetto alla loro applicazione al caso di specie⁷: anche in un sistema dualista, pertanto, tali norme necessitano soltanto di un provvedimento legislativo di adattamento che si limiti a dare efficacia interna senza alterarne il contenuto. Nel caso di norme sui diritti umani istitutive di obblighi positivi, la valutazione dell'applicabilità diretta di una norma sui diritti umani spetta all'operatore giuridico interno ed è effettuata sulla base del contenuto delle singole norme internazionali, ed in particolare della idoneità delle norme internazionali ad armonizzarsi con il diritto interno⁸. Le

⁵ V. Thomas Buerghental, *Self-executing and non-self-executing treaties in national and international law*, RdC 1992, pag. 322.

⁶ V. Benedetto Conforti, *Diritto internazionale*, Napoli: Ed. Scientifica, (7° edizione: 2006), pag. 276ss.

⁷ Una posizione diversa è invece il caso in cui le norme sui diritti umani, pur di contenuto marcatamente astratto, sono ritenute idonee a fornire la base giuridica per il riconoscimento di diritti umani non altrimenti garantiti dal diritto interno, stabiliscono anche le conseguenze derivanti nell'ordinamento interno in caso di violazione delle norme stesse.

⁸ Morelli osservava che: "il solo riferimento alle norme internazionali del trattato non è sufficiente per la determinazione del contenuto delle norme interne create o per l'individuazione delle norme abrogate mediante ordine di esecuzione. Per quanto riguarda poi, più particolarmente, le norme che l'ordine di esecuzione crea al fine di assicurare o di rendere possibile il compimento o l'omissione di attività amministrative o giurisdizionali che il trattato impone o consente, bisogna anche tenere presente che queste norme, essendo destinate a funzionare in connessione con le altre norme dell'ordinamento interno, assumono necessariamente un contenuto che è determinato, in misura maggiore o minore, da

norme internazionali possono coincidere con preesistenti norme interne, nel qual caso hanno un effetto diretto rafforzativo, oppure forniscono la base per nuove interpretazioni del diritto esistente, modificando il contenuto di una disposizione interna e consentendo a questa di esplicare effetti giuridici su situazioni che, senza l'apporto del precetto internazionale, sarebbero estranee al suo ambito di operatività⁹. Una norma pattizia può trovare diretta applicazione in determinate fattispecie, ma poi risultare priva di effetti giuridici in altre. In passato la giurisprudenza della Corte di cassazione italiana sosteneva la tesi per cui l'immediata applicazione di norme internazionali sui diritti umani sarebbe stata da escludersi in presenza di disposizioni di diritto interno vertenti sul medesimo diritto, senza curarsi di appurare se queste fossero o no più avanzate rispetto al grado di tutela previsto dalla corrispondente norma internazionale, o più adatte alla risoluzione del caso concreto¹⁰. Più recentemente, invece, la medesima Corte ha privilegiato un approccio pragmatico, e al fine di stabilire se una disposizione internazionale sui diritti umani sia capace o meno di essere applicata direttamente non ha esitato a verificare gli elementi di connessione che tale norma presenta con le esigenze poste dalla soluzione del caso di specie. L'adozione di un tale approccio ha permesso di qualificare come immediatamente precettive anche norme aventi contenuto astratto e programmatico¹¹.

Quanto al rango delle norme sui diritti umani introdotte attraverso un ordine di esecuzione, la dottrina non è concorde nell'attribuire a tali norme una forza di resistenza speciale, al di là della resistenza che viene riconosciuta in genere alle norme di diritto internazionale convenzionale rispetto alle norme successive di pari rango di origine interna. Quanto al rapporto tra norme sui diritti umani di origine convenzionale occorre richiamare subito l'articolo 27 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, il quale prevede che una Parte contraente non possa invocare le disposizioni del suo diritto interno per giustificare l'inadempimento di un trattato, come del resto confermato dagli articoli 3 e 32 dell'Articolato redatto dalla Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità degli Stati per atti internazionali illeciti nonché nel Commento generale n°31 del Comitato dei diritti umani delle Nazioni unite¹². Tali previsioni, tuttavia, non sono sufficienti a risolvere la parziale

tali norme": cfr. Gaetano Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*, Padova, 1967, pag. 92.

⁹ V. Fabio Raspadori, *I trattati internazionali sui diritti umani ed il giudice italiano*, Milano: Giuffrè, 2000 pag.340.

¹⁰ V. Corte di cassazione civ. , sez. I., sentenza 20 aprile 1963. La Corte, ad esempio, ha considerato in merito all'esistenza nell'ordinamento italiano di un autonomo diritto alla riservatezza che l'articolo 8 della CEDU non produceva alcun effetto rilevante per l'ordinamento italiano, in quanto non prevede "una tutela maggiore di quella [...] che deve ritenersi ammessa nel nostro ordinamento giuridico

¹¹ V. Benedetto Conforti, *Diritto internazionale*, Napoli: Ed. Scientifica, (7° edizione: 2006), pag. 300. In merito alla durata ragionevole del processo, il fatto che la riduzione dei tempi eccessivi dei processi richieda un'azione legislativa, non ha impedito alla prima sezione penale della Corte di cassazione, in una celebre sentenza del 1986, di attuare direttamente il caso di specie, il diritto a tempi processuali ragionevoli sancito dalla Convenzione europea dei diritti umani: Corte di cassazione pen., sez. I; sentenza 24 maggio 1986, ricorso *Colussi*.

¹² V. par. 4, Commento generale n°31 del 26 maggio 2004, contenuto nel documento delle Nazioni unite CCPR/C/21/Rev.1/Add.13.

sovrapposizione, o le modalità che regolano il dialogo – spesso marcato da tensioni e incongruenze – tra determinate norme interne, specialmente se di rango costituzionale, ed il diritto internazionale dei diritti umani. Per anticipare le conclusioni a cui si giungerà, tale rapporto si può compendiare nella efficace nozione di “osmosi materiale”, la quale – come preciseremo meglio in seguito - si verificherebbe solo in caso e nella misura in cui la norma internazionale possa esplicitare al meglio la sua efficacia, ovvero abbia valore self-executing¹³. Tale processo di osmosi materiale, non risulta essere particolarmente influenzato dalla scelta di inquadrare il rapporto tra ordinamenti secondo uno schema monista piuttosto che secondo un approccio dualista/pluralista¹⁴.

1.2. Una verifica da una prospettiva monista

Recenti interpretazioni che vedono una progressiva sottoposizione gerarchica degli ordinamenti interni rispetto al diritto internazionale - oltretutto con il beneplacito della Corte internazionale di giustizia¹⁵ - sono state messe in relazione non solo con l’affermarsi di elementi

¹³ Ossia, il cui valore viene ritenuto indeterminato o meramente programmatico, oppure non possa ricevere esecuzione in quanto non esistono gli organi o le procedure interne necessaria per la sua attuazione, o infine nel caso in cui un trattato preveda una cosiddetta clausola di esecuzione che si riferisce all’esigenza per lo Stato parte di adeguare la legislazione nazionale al contenuto di un determinato trattato e di prendere comunque quelle iniziative che permetterebbero l’effettiva attuazione degli obblighi acquisiti: v. Jordan J. Paust, “Self-Executing Treaties”, 82 *AJIL* 1998. Seppure da una prospettiva neo-dualista, questa è l’interpretazione di Salerno, “Il neo-dualismo della Corte costituzionale nei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno”, 2 *RDI* 2006, in particolare pagg. 368-369. Sul tema del giudizio riguardo al carattere self-executing o meno delle norme internazionali, un riferimento ormai classico è Luigi Condorelli, *Il giudice italiano e i trattati internazionali. Gli accordi “self-executing” e non “self-executing” nell’ottica della giurisprudenza*, Padova, Cedam, 1974. Sulle clausole di esecuzione si veda il corso generale del Prof. Benedetto Conforti all’Accademia de L’Aja, *RdC*, 1988- V, pag. 45 . V. anche Fabio Raspadori, *I trattati internazionali sui diritti umani e il giudice italiano*, cit., e Thomas Buergenthal, *Self-Executing and Non Self-Executing Treaties in National and International Law*, *RdC* 1992-IV, 235, pagg. 303-400. Piuttosto che di “osmosi”, Georg Resse, parla di porosità degli ordinamenti nazionali: id., *The Effects of Decision and judgements of the European Court of Human Rights in the Domestic Legal Order*, 40 *TILJ* 2005, pag. 359.

¹⁴ Per una sintetica descrizione di tale approccio v. Patrick Daillier, “Monisme et dualisme – Un débat dépassé?”, in Rafâa Ben Achour et Slim Laghmani (a cura di) *Droit international et droits internes, développements récents*, Paris, Pédone, 1998, pagg. 9-21 ; Giuseppe Sperduti, “Dualism and Monism – A Confrontation to be Overcome”, *IYIL*, 1977, pagg. 31-49 e Michel Virally, “Sur un pont aux anes : les rapports entre droit international et droits internes », *Mélanges Rolin*, 1964, pagg. 488-505. V. anche Karen Knop, “Here and There: International Law in Domestic Courts”, 32 *NYUJIL* 2000; Francesco Salerno, “Il neo-dualismo della Corte costituzionale nei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno”, 2 *RDI* 2006, pag.340; Thomas M. Franck e Gregory H. Fox (a cura di), *International Law Decisions in National Courts*, Irvington-on-Hudson, N.Y.: Transnational, 1996; Benedetto Conforti e Francesco Francioni, *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, The Hague [etc.]: Nijhoff, 1997; Paolo Carozza, “Propter Honoris Respectum: Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, 73 *Notre Dame Law Review* 1998; Oren Gross e Fionnuala Ni Aoláin, “From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights”, 23 *Human Rights Law Quarterly* 2001; Gerald L. Neuman, “Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance”, 55 *Stanford Law Review* 2003; Christof Heyns and Frans Viljoen, *The Impact of the United Nations Human Rights Treaties on the Domestic Level*, The Hague [etc.]: Kluwer Law International, 2002.

¹⁵ V. *Applicability of the obligation to arbitrate under section 21 of the United Nations Headquarters agreement of 26 June 1947*, ICJ reports, 1988, pag. 34, par. 57.

di gerarchia normativa¹⁶, ma anche con le frequenti risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni unite con cui si determina l'assenza di effetti di atti statali contrari al diritto internazionale¹⁷". Utilizzando tale approccio¹⁸, si può facilmente prospettare l'ipotesi che le norme – siano esse di origine internazionale o interna - relative al rispetto e alla promozione dei diritti umani afferiscano al livello più alto dell'ordinamento interno. Compatibilmente con il riconoscimento dello Stato quale principale detentore di obblighi internazionali sui diritti umani, la prospettiva monista ritiene che esso rimanga sì il principale soggetto di diritto internazionale, ma che svolga determinate funzioni nella veste di attore decentrato della Comunità internazionale. Una possibile obiezione, tuttavia, è che un tale approccio non può fare a meno di ricorrere ad argomenti di diritto naturale, per cui i diritti fondamentali codificati in una specifica costituzione nazionale, i quali fondano ogni potere pubblico nazionale, si baserebbero su valori universali inerenti alla persona umana e verrebbero semplicemente *riconosciuti* piuttosto che previsti *ex abrupto* negli strumenti internazionali sui diritti umani. Non vi è modo di sfuggire al dilemma, se non ricorrendo alla nota conclusione espressa da Bobbio, per cui di fronte all'assenza di argomenti decisivi rispetto al fondamento ultimo dei diritti umani, occorre porre l'accento sul piano dell'efficacia del diritto dei diritti umani piuttosto che della sua legittimazione¹⁹. In secondo luogo, un grado di integrazione perfetta tra diritto internazionale dei diritti umani e libertà fondamentali previste nelle costituzioni nazionali non è tuttavia riscontrabile neppure nei Paesi a forte tradizione monista. Si tenga presente come, nel momento di prendere in considerazione i rapporti periodici degli Stati parti al Patto internazionale sui diritti civili e politici, il Comitato dei diritti umani delle Nazioni unite ponga sistematicamente la questione dello status normativo del Patto tra le fonti di diritto interno, esprimendo puntualmente soddisfazione quando la costituzione di uno Stato conferisce rango costituzionale al Patto. Nelle osservazioni conclusive più recenti relative all'Austria, il Comitato ha significativamente sottolineato che:

¹⁶ V. Christian Tomuschat e Jean-Marc Thouvenin (a cura di), *The Fundamental Rules of the International Legal Order, Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, The Hague, Nijhoff, 2006.

¹⁷ Secondo Arangio-Ruiz, tuttavia, al contrario di quanto sarebbe stato affermato da autori monisti, il diritto interno non consistente con il diritto internazionale non sarebbe né "annulé" (Guggenheim) né abrogé (Scelle): cfr. id, *International Law and Interindividual Law*, in Janne Nijman e André Nollkaemper (a cura di), *New Perspectives on the Divide between National and International Law*, Oxford, OUP, 2007.

¹⁸ V. Jean Dhommeaux, *Monismes et dualisms en droit international des droits de l'homme*, in *Annuaire Français de Droit International*, XLI 1995 ; v. anche Janne Nijman et Andre Nollkaemper (a cura di), *New Perspectives on the Divide between National and International Law, cit.*, Wourner Wouter et alii, *International Human Rights Treaties and their Relation with national Law: Monism, Dualism and the Self-Executing Character of Human Rights*, 2000, Melissa A. Waters, "Cheeping Monism: the Judicial Trend Toward Interpretive Incorporation of Human Rights Treaties", 3 *Columbia Law Review* 2007, pagg. 628-705, Andrew D. Mitchell, "Genocide, Human Rights Implementation and the Relationship Between International and Domestic Law: Nulyarimma v. Thompson", 24 *Melb. U. L. Rev.* 2000, William A. Schabas, "Twenty-Five Years of Public International Law at the Supreme Court of Canada", 79 *Can. B. Rev.* 2000; Thomas Buergenthal, "Modern Constitutions and Human Rights Treaties", 36 *Colum. J. Transnat'l L.* 1997 e Gerald L. Neuman, "Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance", 55/5 *Stanford Law Review* 2003, pagg. 1863-1900.

¹⁹ V. Norberto Bobbio, *L'Età dei diritti*, Torino: Einaudi, 1990, *infra*.

[...] unlike the European convention on Human Rights, the Covenant is not directly applicable in the State party and that the courts and authorities of the State party rarely apply or interpret domestic law in the light of the Covenant. In this regard, it reiterates that a number of Covenant rights exceed the scope of the provisions of the European Convention of Human Rights which has been incorporated into Austrian law at the rank of constitutional law (articolo 2)²⁰.

E' altrettanto noto che l'articolo 75 della Costituzione argentina integri un elenco di strumenti regionali ed internazionali sui diritti umani, i quali "nell'ambito della loro applicabilità", vedono riconosciuto valore costituzionale, ma anche "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos²¹". Tuttavia, poche righe sotto la stessa Costituzione riconosce che tali trattati possano essere denunciati, seppure previa approvazione da parte dei due terzi della totalità dei membri di ciascuna Camera. Ciò equivale a riconoscere che in realtà non si verificano, anche in quelli che sono citati come gli esempi nazionali maggiormente significativi in termini di compenetrazione tra diritti umani internazionali e libertà costituzionali interne, una saldatura perfetta tra ordinamenti. Similmente, diedero origine a giudizi contrastanti anche le due sentenze del 1993 rispettivamente della Cour de cassation e del Conseil d'Etat francesi circa la non diretta applicabilità di alcune norme della Convenzione internazionale sui diritti dei bambini e degli adolescenti. A seguito di tali sentenze, uno degli esperti del Comitato delle Nazioni unite arrivò addirittura ad interrogarsi se:

[...] les arrêts du Conseil d'Etat e de la Cour de cassation signifiait une modification du système dit "moniste" selon lequel les stipulations des accords internationaux sont introduits directement dans le droit français sans avoir à être traduits, pour être applicables, en dispositions nationales²².

Interessante infine riportare le considerazioni di Dhommeaux circa l'esistenza di una prassi consistente per cui numerosi Paesi a tradizione monista, immediatamente prima di procedere alla ratifica di convenzioni internazionali sui diritti umani, hanno preferito portare a termine l'adeguamento della legislazione interna agli standard che sarebbero stati successivamente introdotti dall'esterno²³.

1.3. La posizione dualista-pluralista

Venendo a trattare la prospettiva dualista, nell'impostazione più tradizionale di tale approccio, la fonte di diritto internazionale non sarebbe capace di produrre direttamente diritto,

²⁰ Paragrafo 6, quinto rapporto periodico, disponibile su CCPR/C/AUT/CO/4, del 30 ottobre 2007, <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=CCPR/C/AUT/CO/4&Lang=E> (ultimo accesso: 19 luglio 2008).

²¹ Si tratta del comma 22.

²² Si tratta di Marta Santos Pais: cfr. il documento CRC/C/SR 139, 15 aprile 1994, pag. 10.

²³ Cfr. Jean Dhommeaux, "Monismes et dualismes en droit international des droits de l'homme", *Annuaire Français de Droit international*, 1995, pagg. 447-469.

restando sempre necessaria la volontà normativa del legislatore nazionale per operare la trasformazione della norma internazionale in norma interna, fatta salva peraltro la questione della “specialità” della norma internazionale così immessa rispetto alla norma interna successiva²⁴. Opportunamente Arangio-Ruiz avverte come non si possa etichettare un ordinamento interno come monista o dualista in base al solo fatto che esso preveda o meno forme di adattamento automatico al diritto internazionale²⁵. Occorre poi sottolineare come un approccio dualista non precluda la supremazia della norma internazionale sulla norma interna, bensì insista sul fatto che sia in ultima istanza l’ordinamento interno a regolare l’eventuale prevalenza: la tendenza ad introdurre negli ordinamenti interni determinate norme di diritto internazionale dei diritti umani con un valore superiore alla legislazione ordinaria (pertanto, con rango costituzionale o una valenza interposta tra norma costituzionale e norma ordinaria), pur rispondendo all’esigenza di favorire l’omogeneità tra norme interne ed internazionali, si basa comunque su una scelta sovrana di ogni Stato e resta pertanto ancorata ad un’ottica sostanzialmente dualista. E’ interessante rievocare il fatto che, secondo Verdross, la dottrina viennese del monismo moderato, come la dottrina italiana del dualismo giuridico, ammette “il primato del diritto internazionale nell’ambito nazionale, soltanto se la costituzione statale riconosce che le norme statali riconoscono [sic] che le norme internazionali hanno una forza superiore alle leggi interne, come prescrive per esempio la costituzione germanica²⁶”.

Sebbene alcuni Stati che hanno aderito attraverso procedure di adattamento speciale al Patto internazionale sui diritti civili e politici abbiano dichiarato che in caso di non incorporazione testuale nell’ordinamento interno delle norme incluse nel trattato si producano esclusivamente degli obblighi internazionali²⁷, Hunt ha sostenuto che persino nella giurisprudenza di Paesi a tradizione dualista “international human rights regime has tended, in a variety of ways, to blur the old distinctions between incorporated and unincorporated norms²⁸”. Con specifico riferimento al sistema italiano, occorre sottolineare come la prassi ormai più che trentennale della Consulta abbia attenuato un approccio rigidamente dualista, privilegiando rispetto ad un’impostazione dei rapporti basata sul principio di specialità il principio della presunzione di conformità, maggiormente funzionale all’adeguamento del diritto interno al diritto internazionale. Ancora, la Corte costituzionale ha chiarito che il procedimento di adattamento ordinario è necessario solo per le norme internazionali non self-executing. E’ stato

²⁴ V. Joe Verhoeven, “La notion d’applicabilité directe du droit international”, *RBDI* 1980, pag. 243.

²⁵ V. Gaetano Arangio-Ruiz, *International Law and Interindividual Law*, cit., pag. 20. V anche Gaetano Arangio-Ruiz, “Dualism Revisited...”, cit., pagg. 932-936.

²⁶ Cfr. Alfred Verdross, *La validità del diritto internazionale generale nel campo interno secondo il diritto costituzionale germanico e austriaco*, *Accademia nazionale dei Lincei, Adunanze straordinarie per il conferimento dei premi A. Feltrinelli*, estratto, pag. 14, nota 15.

²⁷ Tale affermazione si basa sull’analisi da parte del Comitato dei diritti umani dei documenti iniziali di Irlanda, Malta, Saint Vincent et Grenadines, Gambia, Guyana. V. Jean Dhommeaux, “Monismes et dualismes...”, cit., pag. 455.

²⁸ V. Murray Hunt, *Using Human Rights Law into English Courts*, 1998, in Henry J. Steiner, Philip Alston, *International Human Rights in Context*, Oxford, OUP, III edition, 2008, pagg. 41-42.

tuttavia messo in luce come la difficoltà a riconoscere il carattere self-executing di un trattato da parte delle corti interne “ne saurait être interprétée comme impliquant la consécration de la théorie dualiste”, bensì riflettere la prudenza propria del giudice interno a non svolgere funzioni para-legislative²⁹. E' evidente come la valutazione dell'applicazione diretta di una determinata norma internazionale debba essere intrapresa secondo i criteri ermeneutici propri del diritto internazionale e non quelli propri del diritto interno. Sia il Comitato dei diritti umani che il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni unite hanno espresso preoccupazione circa la possibilità che attraverso un'interpretazione “nazionalistica” delle clausole di applicazione gli Stati parti si riservino la scelta se adempiere o meno agli obblighi assunti, affermando che tali norme procedurali debbano intendersi come aventi lo scopo di attribuire agli Stati una certa libertà di scelta solo quanto allo strumento da utilizzare per dare applicazione alle obbligazioni contratte nei Patti.

Al termine di una ricerca pubblicata nel 1995³⁰, Dhommeaux riteneva ormai sterile una descrizione di monismo e dualismo-pluralismo come approcci che nella realtà si oppongono, apparendo viceversa più utile un'analisi dal punto di vista delle conseguenze giuridiche dei meccanismi di adattamento propri dei singoli ordinamenti nazionali e basata pertanto sulla minore o maggiore apertura di ciascun ordinamento nazionale. L'autore francese sottolinea come il ricorso ad un sistema monista non necessariamente corrisponda a livelli superiori di protezione dei diritti umani e che comunque, a prescindere dal sistema di adattamento seguito, le implicazioni giuridiche dell'adesione ad un determinato trattato internazionale, inclusi i trattati sui diritti umani, vengono condizionate piuttosto dall'apposizione di riserve o dichiarazioni interpretative o dalla negazione del carattere self-executing delle norme in questione³¹.

1.4. Il ruolo degli organi giurisdizionali e quasi-giurisdizionali sui diritti umani nella promozione della continuità tra ordinamenti

Un aspetto interessante relativo al ruolo del diritto dei diritti umani alla promozione di una continuità tra ordinamenti corrisponde nella particolare configurazione degli organi di garanzia e nello sviluppo di particolari soluzioni che permettano un dialogo efficace tra ordinamenti

²⁹ V. Paul De Visscher, *Les tendances internationales des constitutions modernes*, *RdC*, 1952-I, 80, pagg. 515-578, pag. 560. Contra Denis Alland, "L'applicabilité directe du droit international du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ?", *RGDIP* 1998, pag. 220 e ss.

³⁰ V. Jean Dhommeaux, "Monisme e Dualisme... », *cit.*.

³¹ Con specifico riferimento all'impatto della CEDU sugli ordinamenti di 18 Stati contraenti, tali conclusioni sono confermate da Keller e Stone Sweet, *Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems*, in id. (a cura di), *A Europe of Rights : the Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford: OUP, 2008, pagg. 681ss.

interni e ordinamento internazionale. Tale processo riguarda gli organi di garanzia dei trattati sui diritti umani di carattere quasi-giurisdizionale come gli organi di garanzia giurisdizionale. I primi progressivamente stanno dando attuazione al complesso mandato affidatogli dai rispettivi trattati istitutivi in materia di promozione della piena attuazione delle relative norme sui diritti umani e la prevenzione di violazioni di tali norme; essi vedono inoltre un'efficacia crescente delle loro decisioni e si spingono fino al punto di auto-attribuire alle loro decisioni forza vincolante. I secondi hanno invece avviato una pratica sistematica di formulazione di misure di carattere generale, attribuendosi un ruolo non dissimile da quello degli organi di garanzia onusiani.

Non deve stupire una simile analisi parallela degli organi quasi-giurisdizionali sui diritti umani e degli organi giurisdizionali, i primi spesso tratteggiati come organi di carattere meramente politico. Tale analisi, si giustifica alla luce di due considerazioni. In primo luogo, lo stretto nesso – che abbiamo già avuto modo di sottolineare precedentemente – tra il fenomeno dell'organizzazione internazionale, al livello universale come al livello regionale. I preamboli di trattati come la CEDU o i Patti internazionali sui diritti umani affermano chiaramente che la codificazione di determinate norme a tutela dei diritti umani, e la previsione di appositi sistemi di garanzia, si inquadra nel più ampio mandato di tali organizzazioni di promuovere e proteggere i diritti umani, inter alia attraverso il sostegno a forme di cooperazione inter-statale. A dimostrazione di ciò, si può considerare il ruolo specifico previsto per gli organi istituzionali di tali organizzazioni nei medesimi trattati: ad esempio, il ruolo del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa per quanto riguarda l'esecuzione delle sentenze della Corte, o lo specifico ruolo assegnato dall'ECOSOC dal Patto sui diritti economici, sociali e culturali, come vedremo immediatamente. Un secondo tipo di considerazioni riguarda le similitudini nelle funzioni e nella procedura degli organi di garanzia, se non altro nelle fasi iniziali di sviluppo del diritto dei diritti umani. Funzioni di carattere promozionale sono ad esempio svolte dai comitati onusiani come dagli organi di garanzia relativi al sistema dei diritti umani africano e dal sistema dei diritti umani inter-americano. Tanto un comitato onusiano come il Comitato dei diritti umani o la Commissione europea dei diritti dell'uomo, prima della riforma della sezione seconda della CEDU attraverso l'entrata in vigore del Protocollo 11, prevedevano un simile meccanismo di soluzione amichevole delle controversie.

Al fine di attuare una verifica del contributo degli organi di tutela quasi-giurisdizionale sui diritti umani alla promozione della continuità tra ordinamenti, occorre brevemente ricostruire il mandato di tali organi. Al livello universale, con l'eccezione del Sotto-Comitato per la prevenzione della tortura, i comitati sui diritti umani delle Nazioni unite hanno il compito di analizzare i rapporti che vengono presentati periodicamente dagli Stati parti al fine di rendere conto delle azioni intraprese al livello nazionale per dare attuazione ai rispettivi trattati. Le conclusioni di tali analisi, le quali comprendono una serie di "osservazioni conclusive" sono

discusse con gli Stati parti durante incontri periodici e sono quindi rese pubbliche. Rispetto a questo schema generale, il ruolo del Comitato sui diritti economici, sociali e culturali riveste un ruolo ulteriore. Già in base alla risoluzione 1985/17, tale Comitato ha la responsabilità di formulare delle raccomandazioni di natura generale sulla base dell'analisi dei rapporti nazionali, al fine di assistere il Consiglio economico e sociale delle Nazioni unite nello svolgimento delle sue responsabilità di sviluppo di politiche attive di promozione dei diritti riconosciuti nel Patto ex articoli 21 e 22 dello stesso³². Inoltre, in base al Protocollo facoltativo al Patto, adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni unite nel dicembre 2008 e tra breve aperto alla firma, il Comitato può identificare determinate aree d'intervento nelle situazioni nazionali dei diritti umani che provvede ad esaminare che necessitano di misure di assistenza tecnica o supporto da parte delle Nazioni unite, attraverso eventualmente il ricorso ad un apposito Fondo volontario³³. Riteniamo tali misure come strumentali al rafforzamento della cooperazione tra uno Stato parte ed il Comitato.

Sei comitati sui diritti umani hanno la possibilità di ricevere comunicazioni individuali sulla base dell'accettazione di una specifica clausola opzionale contenuta nei rispettivi trattati, mentre due comitati possono svolgere *motu proprio* delle inchieste su presunte violazioni dei rispettivi trattati (ossia, la Convenzione contro la tortura, la Convenzione sull'eliminazione delle discriminazioni nei confronti della donna e la Convenzione sui diritti delle persone disabili). Le decisioni di tali organi sono atti internazionali di carattere raccomandatorio. La questione della natura giuridica di tali atti va tuttavia tenuta distinta da quella dell'efficacia complessiva di tali atti nell'influire sulla condotta degli Stati destinatari, a maggior ragione di fronte ad una prassi che vede una tendenza di crescente efficacia delle decisioni di tali organi. Avremo modo di sviluppare in maniera esaustiva dell'efficacia delle decisioni degli organi di controllo onusiani nella terza parte della tesi³⁴. Tale indagine si articolerà tra due punti di vista. In base ad una prima messa in risalto da Koskeniemi la creazione ed il rafforzamento di meccanismi di supervisione dei trattati sui diritti umani corrisponde ad un trasferimento di potere da funzionari pubblici ad esperti tecnici ed attori privati, causando in definitiva una 'erosione' della legalità internazionale (international rule of law)³⁵. Una diversa prospettiva tende a valorizzare il ruolo

³² L'articolo 22, in particolare, prevede che "The Economic and Social Council may bring to the attention of other organs of the United Nations, their subsidiary organs and specialized agencies concerned with furnishing technical assistance any matters arising out of the reports referred to in this part of the present Covenant which may assist such bodies in deciding, each within its field of competence, on the advisability of international measures likely to contribute to the effective progressive implementation of the present Covenant".

³³ V. Gudmundur Alfredsson e Ibrahim Salama, "Technical Co-Operation in the Field of Human Rights", working paper presentato alla 57a sessione della Sotto-Commissione delle Nazioni unite per la promozione e protezione dei diritti umani, contenuto nel documento delle Nazioni unite "E/CN.4/Sub. 2/2005/41, pag. 3, par. 1

³⁴ A questo proposito, Treves osserva che : "E' difficile che Stati che tengono alle reazioni dell'opinione pubblica e degli altri Stati possano decidere alla lettera di non seguire le indicazioni (pur non vincolanti) del Comitato dei diritti umani", Tullio Treves, Diritto internazionale: problemi fondamentali, Milano: Giuffrè, 2005, pag. 201

³⁵ V. Martti Koskeniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge: CUP, 2ª edizione: 2005, pag. 564.

di organi di controllo quasi-giurisdizionali, nell'assistenza svolta agli Stati parti a prevenire violazioni delle rispettive norme sui diritti umani così come a determinare la cessazione di determinate situazioni ritenute incompatibili con norme a tutela dei diritti umani, e nell'assicurare misure di riparazione a favore delle vittime, generando inoltre – nelle parole dell'attuale Alta Commissaria delle Nazioni unite per i diritti umani - “a body of jurisprudence on the interpretation and application of human rights treaties, which is referred to more frequently by national and regional courts and tribunals”³⁶.

Occorre poi riportare il fatto che il Comitato dei diritti umani tende progressivamente ad auto-attribuire alle sue decisioni forza vincolante. Nel già citato commento generale n°33, il Comitato osserva significativamente che:

While the function of the Human Rights Committee in considering individual communications is not, as such, that of a judicial body, the views issued by the Committee under the Optional Protocol exhibit some important characteristics of a judicial decision. They are arrived at in a judicial spirit, including the impartiality and independence of Committee members, the considered interpretation of the language of the Covenant, and the determinative character of the decisions³⁷.

Lo stesso Comitato, inoltre, caratterizza come “non attuata” ciascuna raccomandazione che abbia costituito oggetto di un esplicito rifiuto di esecuzione da parte di uno Stato parte; una simile caratterizzazione di non attuazione implicherebbe una determinazione di mancata piena esecuzione degli obblighi previsti dal Patto³⁸, tanto che il Comitato potrà sollevare la questione dell'esecuzione di tale raccomandazione in atti successivi. In generale, il Comitato giustifica la sua procedura e le sue scelte quasi-giurisdizionali sostenendo che “[i]n relation to the general body of jurisprudence generated by the Committee, it may be considered that it constitutes ‘subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation’ within the sense of article 31(3)(b) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, or, alternatively, the acquiescence of States parties in those determinations constitutes such practice³⁹”. Rinviando alla parte terza del presente lavoro un'analisi di una simile affermazione, il che implica necessariamente una verifica della portata normativa dei commenti generali degli organi onusiani sui diritti umani, desideriamo anticipare una tendenza di graduale apertura degli Stati parti alle raccomandazioni da esso formulate, in alcuni casi attraverso la promozione di iniziative legislative tese a esplicitare gli effetti delle

³⁶ V. par. 13 del documento HRI/MC/2006/2. Considerazioni simili trovano riscontro nella risoluzione 4/2004, adottata dall'International Law Association durante la sua 71a conferenza di Berlino, in cui si riconosce che “the effective use of findings of human rights Treaty Bodies by domestic as well as international organs will contribute substantially to the realization of human rights rights: la risoluzione è riprodotta al sito internet web.abo.fi/institut/imr/research/seminars/ILA/Report.pdf

³⁷ Cfr. Comitato dei diritti umani, General comment 33, *cit.*, par. 11

³⁸ V. *Paper of the Special Rapporteur for Follow-up on Concluding Observations: Strengthening the Follow-up procedure*, CCPR/C/95/3.

³⁹ Corsivo aggiunto.

raccomandazioni degli organi onusiani sui diritti umani ⁴⁰. Tuttavia, la prassi evidenzia un numero relativamente basso di rifiuti espliciti da parte degli Stati di dare seguito a tali raccomandazioni. In assenza di un tale rifiuto, gli organi sui diritti umani provvedono ad instaurare una procedura di monitoraggio (follow-up) dell'attuazione delle raccomandazioni, la quale nel tempo dimostra di essere efficace. Dal punto di vista degli organi di garanzia sui diritti umani aventi la capacità di adottare giudicati vincolanti nei confronti degli Stati parti – ossia la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte inter-americana dei diritti umani riteniamo uno sviluppo significativo ai fini della promozione della continuità tra ordinamenti il ruolo progressivamente assunto da tali organismi di indicare agli Stati parti misure generali di modifiche legislative nei rispettivi ordinamenti interni⁴¹. Tali prassi, avviata dalla Corte inter-americana, è stata più recentemente consolidata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Quest'ultima, in particolare in relazione a situazioni di violazioni sistematiche della Convenzione, ha cominciato ad indicare nelle rispettive sentenze di condanna delle misure talora generali talora più specifiche al fine di prevenire ulteriori ed analoghe violazioni⁴²; la Corte così viene ad affiancarsi al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, il quale può indicare tali misure in base all'articolo 46.2 CEDU. In particolare, nel caso pilota *Broniowski c. Polonia*⁴³ del 22 giugno 2004, la Corte di Strasburgo ha imposto allo Stato convenuto non solo di rimediare alla violazione accertata “through appropriate legal measures and administrative practices”, ma anche di garantire il diritto di proprietà violato a tutti gli altri cittadini potenziali ricorrenti. Occorre sottolineare come tale possibilità sia stata utilizzata dalla Corte successivamente all'adozione di una pur generica raccomandazione contenuta in una risoluzione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa alla Corte affinché quest'ultima identifichi, nei limiti del possibile, “in its judgment finding a violation of the Convention, what it considers to be an underlying systemic problem and the source of this problem [...] so as to assist States in finding the appropriate solution and the Committee of Ministers in supervising the execution of judgements⁴⁴”. Non va taciuto che tale caso pilota, destinato principalmente a scongiurare il rischio di ricevimento di migliaia di potenziali ricorsi cloni, abbia avuto successo anche in ragione del fatto che la sentenza della Corte di Strasburgo faceva seguito in realtà ad

⁴⁰ È significativo, ad esempio, segnalare la legge svedese del 2005 sul trattamento degli stranieri, la quale prevede che: “if an international body that is competent to examine complaints from individuals has found that a refusal-of-entry or an expulsion order in a particular case is contrary to a Swedish commitment under a convention, a residence permit shall be granted to the person covered by the order, unless there are exceptional grounds against granting a residence permit”.

⁴¹ Cfr. Rudolf Bernhardt, *Judgements of International Human Rights Courts and their Effects in the International Legal Orders of States*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, cit., pag. 440.

⁴² V. *Scozzari e Giunta v. Italia*, ricorso n° 39221/98 e 41963/98, sentenza del 13 luglio 2000, ECHR 2000-VIII, par. 202-203.

⁴³ V. *Broniowski c. Polonia*, ricorso n°31443/96, sentenza del 22 giugno 2004. ECHR 2004-V.

⁴⁴ Cfr. Risoluzione 2004/3, riprodotta in 26/115 HRLJ 2005: cit. in Andrea Gattini, *Mass Claims at the European Court of Human Rights*, in Stephan Breitenmoser et alii (a cura di.), *Human Rights, Democracy and the Rule of Law; Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat - Droits de l'homme, démocratie et Etat de droit: Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Dike, Nomos, 2007, pag. 279.

un giudizio di incostituzionalità della medesima previsione legislativa emesso nel dicembre 2003 da parte della suprema corte polacca⁴⁵. Occorre infatti evidenziare come questa innovativa prassi giurisprudenziale sia ancora oggetto di discussione. Come vedremo meglio nel prossimo paragrafo, essa è stata accolta con molta cautela dalla Corte costituzionale italiana⁴⁶, ed è significativo rilevare la critica del giudice italiano alla Corte, *Zagrebelki*, il quale ha sostenuto che il tipo di misure generali indicate dalla Corte nel caso *Hutten-Czapska c. Polonia* – in quanto sostanzialmente afferenti all’area d’azione della politica - richiedano piuttosto l’intervento del Comitato dei Ministri⁴⁷. Maggiormente condivisibile ci appare invece il pensiero di *Ress*, per cui è proprio dall’atteggiamento del Comitato dei Ministri di invitare la Corte a determinare misure individuali e generali di esecuzione delle sue sentenze, che si può ricavare l’obbligo per gli Stati parti di attenersi⁴⁸.

Resta, evidentemente, l’ostacolo difficilmente superabile della mancanza di effetti diretti delle sentenze della Corte europea. Se è vero che finalmente nel 2006 la nostra massima giurisdizione ha aderito alla giurisprudenza ormai risalente nel tempo della Corte europea, per la quale la non equità del processo penale (nella fattispecie: processo in contumacia senza prova della conoscenza da parte dell’imputato) comporta come conseguenza la *restitutio in integrum*, vale a dire il riesame o la riapertura del procedimento penale, nonostante la precedente sentenza penale passata in giudicato⁴⁹, è anche vero che la Corte di cassazione si è pronunciata solo dopo la novellazione dell’articolo 175 – 2° comma del codice di procedura penale del 2005, che

⁴⁵ Una soluzione amichevole della controversia, salutata da un comunicato stampa della Corte di Strasburgo, interveniva infatti nel 2005.

⁴⁶ Nella sentenza 349 del 24 ottobre 2007 (pubblicata in *RDI* 2008, sentenza 24 ottobre 2007, pag. 229 e ss.), la Corte sostiene che “le sentenze della Corte di Strasburgo, anche quando è il singolo ad attivare il controllo giurisdizionale nei confronti del proprio Stato di appartenenza, si rivolgono allo Stato membro legislatore, e da questo pretendono un determinato comportamento. Ciò è tanto evidente quando, come nella specie, si tratti di un contrasto “strutturale” tra la conferente normativa nazionale e le norme della Convenzione europea così come interpretate dal giudice di Strasburgo e si richieda allo Stato membro di trarne le necessarie conseguenze”. Il passo è citato in Enzo Cannizzaro, “Sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo e ordinamento italiano in due recenti decisioni della Corte costituzionale”, *1 RDI* 2008, pag. 141. Per ulteriori riferimenti in letteratura, v. Cesare Pinelli, “Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti”, *52/5 Giurisprudenza costituzionale* 2007, pag. 3518.

⁴⁷ Il Giudice, in un’Opinione parzialmente dissidente alla sentenza *Hutten-Czapska c. Polonia* osserva che la Corte “is entering territory belonging specifically to the realm of politics and that its indications go beyond its jurisdictional competence, which concerns the case between the applicant and the State. Or else – as I am inclined to believe – the Court’s indications, in view of their self-evidently vague content, cannot be regarded as binding. In my opinion, they require the Committee of Ministers’ intervention in any event, without adding in any way to the system’s efficiency”, pag. 95. Il caso citato è *Hutten-Czapska c. Polonia*, del 19 giugno 2006 (caso n° 35014/97). V. Vladimiro Zagrebelsky, “Violazioni ‘strutturali’ e Convenzione europea dei diritti umani: interrogativi a proposito di Broniowski”, *1 Diritti umani e diritto internazionale* 2008. e Lucius Caflish, “Rechtsfolgen von Normenkontrollen - Die Rechtsprechung des EGMR: Die Technik der Pilot-Fälle”, *33/17-18 Europäische Grundrechte Zeitschrift* 2006, pagg. 521-522, citato in Andrea Gattini, *Mass Claims...*, cit., pag. 281.

⁴⁸ V. Georg Ress, “The Effect of Decisions and Judgments of the European Court of Human Rights in the Domestic Legal Order”, *Texas International Law Journal*, 2005. pag. 382.

⁴⁹ V. caso *Somogyi* (I sez. pen.) 3 ottobre 2006 n° 32678, contenuta in *RDI* 2007, pag. 1197 e ss.; *Dorigo* (I sez. pen.) 1° dicembre 2006 n°2800, in *RDI* 2007, pag. 601 e ss. Il caso *Dorigo* è stato risolto in sede di Cassazione, la quale, nell’attesa di una nuova legislazione in materia di riapertura dei processi, ha ritenuto che la detenzione dell’interessato, e alla luce dell’inerzia del legislatore, fosse illegittima, e ne ha dunque dichiarato la scarcerazione: Cassazione, Sez. I Penale, 25 gennaio 2007, in *RDI* 2007, pag. 601ss.

prevede la restituzione nel termine per proporre impugnazione all' imputato condannato in una sentenza contumaciale. La Cassazione non si discosta dunque dalla tradizionale impostazione condivisa anche dai giudici degli altri Paesi europei, per cui spetta comunque al legislatore introdurre nell'ordinamento interno quelle modifiche idonee ad assicurare il pieno conformarsi alle disposizioni della Convenzione, e ciò a dispetto di quanto la Corte europea avesse cercato di affermare nel caso *Vermeire c. Belgio* del 1991, nel quale, di fronte al protrarsi dell' inerzia del legislatore belga ad eliminare le discriminazioni fra filiazione naturale e filiazione legittima accertate dalla sentenza *Marckx* del 1979, essa aveva adombrato un ruolo sostitutivo per il giudice interno⁵⁰. Com'è noto, una soluzione alla violazione sistematica della Convenzione da parte del Belgio è intervenuta solo con la modifica del Codice civile, ossia nel 1998.

Quel che qui preme sottolineare, tuttavia, è che tanto la previsione di misure generali nell'ambito di casi pilota della Corte di Strasburgo quanto gli sviluppi giurisprudenziali italiani relativi alla revisione del processo, evidenziano una crescente richiesta di cooperazione da parte della Corte nei confronti degli Stati membri al fine di favorire quella serie di interventi legislativi che si rendono necessari per conformare pienamente gli ordinamenti nazionali alla CEDU e quindi eseguire integralmente le sentenze della Corte. Entrambi questi sviluppi riflettono pertanto una tendenza che evidenzia a nostro avviso il chiaro affermarsi di una continuità accresciuta tra sistema della Convenzione CEDU e ordinamenti nazionali a prescindere dalla natura dualista/pluralista del sistema di adattamento, nonché un' evidente ambizione della Corte di Strasburgo a svolgere un ruolo "super-costituzionale"⁵¹.

1.5 La sentenza 349 della Corte costituzionale italiana e la sentenza della Corte costituzionale tedesca nel caso *Görgülü* a confronto

Ci sembra interessante mettere alla prova il modello qui proposto di superamento di uno stretto dibattito monismo/dualismo-pluralismo alla luce delle più recenti soluzioni adottate da diverse corti costituzionali, ivi compresa quella italiana, concernenti il rapporto tra i rispettivi ordinamenti interni e la Convenzione europea sui diritti dell'uomo.

In Italia, nella sentenza 349 del 24 ottobre 2007⁵², la Corte costituzionale ha ribadito

⁵⁰ V. *Marckx c. Belgio*, 13 giugno 1979, Series A, n° 31 e *Vermeire c. Belgio*, 29 novembre 1991, Series A, n° 214. Per un commento, v. Olivier De Schutter, "La coopération entre la Cour européenne des droits de l'homme et le juge National", 1 *RBDI* 1997, pag. 21 e Guy Canivet, "La Cour de cassation et la Convention européenne des droits de l'homme in Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme", 33 *Droit et justice* 2002, pag. 257.

⁵¹ V. Luzius Wildhaber, "A Constitutional Future for the ECHR", 23 *HRLJ* 2002, pag. 164.

⁵² V. sentenza 24 ottobre 2007, n° 349, pubblicata in *RDI* 2008, pag. 229 e ss. Vedi anche la sentenza nella medesima data 348, *ibidem*, 197 et ss. V. Per un commento delle sentenze v. Giorgio Gaja, "Il limite costituzionale del rispetto degli

alcuni capisaldi e sgombrato il capo da incertezze che la sua stessa precedente giurisprudenza aveva alimentato. In primo luogo, ai fini della ricezione del diritto dei diritti umani nell'ordinamento interno si esclude la rilevanza dell'articolo 11 della Carta costituzionale, sottolineando che “i diritti fondamentali non possono considerarsi una ‘materia’ in relazione alla quale sia allo stato ipotizzabile, oltre che un’attribuzione di competenza limitata all’interpretazione della Convenzione, anche una cessione di sovranità⁵³”. A questo proposito, la Corte ha escluso che una rilevanza del parametro dell'articolo 11 possa farsi valere in maniera indiretta, “per effetto della qualificazione, da parte della Corte di giustizia delle Comunità europee, dei diritti fondamentali oggetto di disposizioni della CEDU come principi generali del diritto comunitario⁵⁴”. In tal modo la Corte giunge ad escludere che in caso di conflitto tra norme la possibilità di utilizzare il modello “comunitario”, nel senso dell’incompatibilità della norma interna con la norma CEDU possa trovare rimedio nella semplice non applicazione da parte del giudice comune. La Corte prosegue domandandosi se sia possibile attribuire a tali norme effetto diretto per forza propria. Ma anche qui la risposta negativa è chiara:

[...] allo stato, nessun elemento relativo alla struttura e agli obiettivi della CEDU ovvero ai caratteri di determinate norme consente di ritenere che la posizione giuridica dei singoli possa esserne direttamente e immediatamente tributaria, indipendentemente dal tradizionale diaframma normativo dei rispettivi Stati di appartenenza, fino al punto da consentire al giudice la non applicazione della norma interna confliggente. Le stesse sentenze della Corte di Strasburgo, anche quando è il singolo ad attivare il controllo giurisdizionale nei confronti del proprio Stato di appartenenza, si rivolgono allo Stato membro legislatore e da questo pretendono un determinato comportamento⁵⁵.

In secondo luogo, è significativo rilevare come la Consulta affermi che, “in mancanza di una specifica previsione costituzionale”, le norme della Convenzione europea non si collocano a livello costituzionale, in quanto rese esecutive nell'ordinamento interno con legge ordinaria, confermando in tal modo l'esclusione delle norme meramente convenzionali dall'ambito di operatività dell'articolo 10, 1° comma⁵⁶. Ancora, la Corte ha affermato che è rimasto senza

“obblighi internazionali”: un parametro definito solo parzialmente”, 2 *RDI* 2008, pag. 136ss. ; Enzo Cannizzaro “Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano in due recenti decisioni della Corte costituzionale”, *ivi*, pag. 138 e ss.

⁵³ V. sul punto Bardo Fassbender, *Sovereignty and Constitutionalism in International Law*, in Neil Walker (a cura di), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart, 2003, p. 120.

⁵⁴ Giacché, “tali principi rilevano esclusivamente rispetto a fattispecie alle quali tale diritto sia applicabile: in primis gli atti comunitari, poi gli atti nazionali di attuazione di normative comunitarie, infine le deroghe nazionali a norme comunitarie asseritamente giustificate dal rispetto dei diritti fondamentali”.

⁵⁵ Sentenza 11 luglio 1989, n°389, pubblicata in *RDI* 1989.

⁵⁶ V. paragrafo 3.4 delle considerazioni di diritto. Tuttavia, è interessante notare come nel contesto italiano, sulla scia di Anzilotti sia stato affermato un orientamento che vedrebbe il rispetto degli obblighi assunti in ambito internazionale come un principio costituzionale; ciò sarebbe confermato tanto nell'inammissibilità del referendum abrogativo rispetto a obblighi internazionali dello Stato come nell'affermazione da parte della Corte costituzionale del limite costituzionale del rispetto degli obblighi internazionali nei riguardi della potestà legislativa delle Regioni. Per inciso, occorre sottolineare che la Consulta non avrebbe mai approfondito se le norme contenute in trattati internazionali sui diritti umani fossero ricognitive di regole consuetudinarie a tutela dei diritti umani o se avessero promosso la formazione di obblighi a contenuto individuale nel diritto internazionale generale. In particolare, come messo in luce da Salerno, se si escludono

seguito il precedente secondo il quale le norme di volta in volta prese in considerazione deriverebbero da “una fonte riconducibile ad una competenza atipica” e, come tali, sarebbero “insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria” (sentenza 10 del 1993)⁵⁷”. Infine, da una lettura sistematica dell’articolo 117, 1° comma Costituzione, la Corte esclude che si possa attribuire rango costituzionale alle norme contenute in accordi internazionali, trattandosi piuttosto di norme “interposte”, soggette a loro volta ad una verifica di compatibilità con la Costituzione⁵⁸.

Tuttavia, e con questo giungiamo al punto per noi cruciale della sentenza, la Corte riconosce alla CEDU un’assoluta peculiarità rispetto alla generalità degli accordi internazionali, per il fatto di aver posto in essere un “sistema di tutela uniforme dei diritti fondamentali”, garantita dall’interpretazione “centralizzata” spettante alla Corte europea. Lungi dal volersi contrapporre alla Corte europea dei diritti dell’uomo, la Corte costituzionale afferma la diversità dei ruoli, tesi però entrambi “al medesimo obiettivo di tutelare al meglio possibile i diritti fondamentali dell’uomo”. In tal modo, se da un lato è possibile affermare l’incostituzionalità di una norma interna per contrasto con norme CEDU così come interpretate dalla Corte europea, dall’altro spetta in ultima ipotesi alla Corte costituzionale medesima accertare che le stesse norme CEDU garantiscano una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente a quella garantita dalla Costituzione.

Se è vero che questa pronuncia segna un mutamento di accento rispetto alla giurisprudenza pregressa in cui la Corte si era sempre limitata a proclamare la “sostanziale coincidenza” tra i principi stabiliti dalla CEDU ed i principi costituzionali, tanto da escludere che le disposizioni interne in esame fossero difformi dalle norme convenzionali⁵⁹ e da rendere “superfluo prendere in esame il problema [...] del rango” delle disposizioni convenzionali⁶⁰, è anche vero però che in tal modo la Corte giunge alla medesima conclusione a cui era pervenuta anche nei confronti dei Trattati comunitari nella nota sentenza *Granital* n° 170 del 5 giugno 1984.

Tale affermazione conferma la propensione della Corte costituzionale ad aprirsi al dialogo con l’ordinamento internazionale e ad impostare in termini di rinvio mobile il rapporto tra diritto interno e diritto internazionale, al fine di assicurare l’effettività delle norme internazionali

taluni generici accenni in decisioni sul trattamento di stranieri o di apolidi, la Corte non ha mai ammesso, sinora, che l’articolo 10, 1° comma, operi con riferimento a norme di diritto internazionale generale a tutela dei diritti umani.

⁵⁷ V. paragrafo 6.1.1 delle considerazioni di diritto.

⁵⁸ V. paragrafo 6.2 delle considerazioni di diritto.

⁵⁹ Il riferimento è alle sentenze n. 288 del 1997 e n. 315 del 1990.

⁶⁰ Sentenza n. 123 del 1970. Anzi, nelle sentenze n. 388 del 1999 si osserverebbe che “i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall’Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione”.

in base ai parametri propri del loro ordinamento d'origine⁶¹, con l'utile precisazione che ciò non possa legittimare una violazione dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione.

La soluzione a cui è pervenuta la nostra Corte costituzionale non è sostanzialmente dissimile da quella a cui era giunta nel 2004 la Corte costituzionale tedesca, verificandosi così in questa occasione una curiosa analogia, a ruoli invertiti, con quanto accaduto nella prima metà degli anni '70 tra le due Corti costituzionali con riguardo al rapporto tra diritto interno e diritto comunitario⁶². Con un'ordinanza del 14 ottobre 2004⁶³ pronunciata all'unanimità, la Corte costituzionale tedesca ribadisce i limiti dell'apertura internazionale dell'ordinamento interno. Il caso *Görgülü* riguarda la vicenda giudiziaria di un cittadino turco residente in Germania al quale il giudice ordinario aveva negato l'affidamento di un figlio nato al di fuori del matrimonio e immediatamente trasferito ad una famiglia affidataria. Successivamente al rigetto del ricorso alla Corte costituzionale, adita la Corte europea dei diritti dell'uomo, quest'ultima con sentenza del 26 febbraio 2004⁶⁴ aveva riconosciuto una violazione dell'articolo 8 della Convenzione europea. Successivamente, l'affidamento al ricorrente, riconosciuto in via provvisoria dal Tribunale di primo grado tedesco, veniva tuttavia sospeso per motivi procedurali e di merito dalla Corte di appello. Contro tale decisione il ricorrente presentava un ricorso costituzionale individuale, lamentando la mancata esecuzione della sentenza della Corte di Strasburgo. Il ricorso viene pertanto accolto, stabilendosi che il giudice ordinario non avrebbe aderito al principio costituzionale espresso agli articoli 23 e 24 della Legge fondamentale tedesca comportanti la presunzione di un favor nei confronti delle norme di origine internazionale, ed implicanti che il giudice interno non solo debba tenere in debita considerazione la normativa internazionale e la relativa interpretazione, ma sia tenuto ad assicurare che l'interpretazione delle norme interne sia conforme agli obblighi internazionali della Germania⁶⁵.

L'aspetto più interessante della sentenza, tuttavia, è il fatto che la Corte costituzionale, sostiene che la Convenzione europea e la relativa interpretazione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo non vincolino direttamente le autorità e i giudici tedeschi, ma solo la Repubblica federale quale soggetto di diritto internazionale. Non avendo lo strumento di ratifica valore costituzionale, la CEDU non può essere utilizzata come parametro di interpretazione costituzionale, ma solo come ausilio nell'ambito del giudizio di costituzionalità⁶⁶. La Corte costituzionale tedesca, attraverso ricorso individuale o incidentale, rimane responsabile della

⁶¹ Come del resto confermato nella sentenza 30 luglio 1997 n°288.

⁶² Cfr. Sentenza Corte costituzionale *Frontini* n° 183 del 18 dicembre 1973 e sentenza *Solange I* della Corte costituzionale tedesca del 29 maggio 1974.

⁶³ V. BVerfGE 1481/04, pubblicata in 59/23 *Juristenzeitung* 2005, pagg. 1171-1117.

⁶⁴ V. *Görgülü c. Germania*, caso n. 74969/01, sentenza

⁶⁵ Peraltro, un simile obbligo di interpretazione conforme si porrebbe solo nel momento in cui esso sia «metodologicamente sostenibile» (“methodisch vertretbar”).

⁶⁶ V. Frank Hoffmeister, “Germany: Status of European Convention on Human Rights in Domestic Law, *cit.*, pag. 729.

verifica di come tale interpretazione sia stata assicurata dal giudice ordinario e pertanto vigila sull'eventuale violazione da parte della stessa Corte di Strasburgo del contenuto essenziale di un diritto fondamentale garantito dalla Legge fondamentale (cosiddetta "teoria dei controlimiti"). Si tratta in altre parole di un adattamento della nota giurisprudenza *Solange II*, relativa al rapporto fra ordinamento interno e diritto comunitario, all'applicazione della Convenzione europea sui diritti dell'uomo.

. Un altro commentatore, Hoffmeister, segnala come il ragionamento della Corte sia estremamente simile a quello seguito nella precedente sentenza *Maastricht*, in base al quale le corti nazionali potrebbero articolare le sfumature del loro ragionamento giuridico e riservarsi di mantenere comunque "l'ultima parola". E' tuttavia significativo come dal 1993 – ossia dal caso *Maastricht* – non si siano mai presentati casi in cui la Corte tedesca abbia dichiarato che una norma internazionale, o anche una decisione internazionale, violi l'ordinamento costituzionale tedesco e che debba dunque essere ignorata. Lo stesso autore rileva infine anche alla luce (o nonostante) il caso *Görgülü*, come la Corte tedesca abbia mantenuto fermo il principio secondo il quale un ricorso costituzionale possa basarsi sulla violazione di una norma internazionale⁶⁷

In un contributo recente⁶⁸, un altro autore tedesco, Krisch, sottolinea come in realtà la logica inerente alla sentenza al caso *Görgülü* sia riscontrabile in una prassi costante ricavabile persino in quegli ordinamenti che sono ritenuti maggiormente aperti alle istanze della Corte di Strasburgo. L' autore, infatti, rileva che le sentenze della Corte di Strasburgo sono citate da un numero crescente di corti nazionali⁶⁹, ma allo stesso tempo osserva come numerose pronunce riaffermino la prerogativa da parte delle massime istanze giurisdizionali nazionali di regolare il grado di apertura all'ordinamento internazionale⁷⁰. In linea con tale affermazione, Krisch osserva come persino in due Paesi che hanno dimostrato tradizionalmente una relativa 'fedeltà' alle pronunce della Corte, ossia la Spagna e la Francia, le massime istanze giurisdizionali nazionali abbiano chiaramente affermato la propria autonomia rispetto alle posizioni di Strasburgo.

In Spagna, ad esempio, in base all'articolo 96 (1) della Costituzione, la Convenzione europea gode di uno status superiore rispetto alla legislazione ordinaria. Ma soprattutto, secondo l'articolo 10 della Costituzione spagnola, "i diritti e le libertà fondamentali [...] dovranno essere

⁶⁷ V. Frank Hoffmeister, "Die Europäische Menschenrechtskonvention als Grundrechtsverfassung und ihre Bedeutung in Deutschland", 40 *Der Staat* 2006, p. 349.

⁶⁸ V. Nico Krisch, "The Open Architecture of European Human Rights Law", 2008 *The Modern Law Review*, pagg. 83-216. Helen Keller e Alec Stone Sweet concludono che: "States have been put under pressure to adapt national law to the Convention, but the manner in which they have done so has never been fixed or pre-determined. Instead, the relationship between the ECHR and domestic legal orders has been an open-ended product of interactive legal processes": cfr. *Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems cit.*, pag. 678.

⁶⁹ V. Robert Blackburn e Jörg G. Polakiewicz (a cura di), *Fundamental Rights in Europe: The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000*, Oxford: OUP, 2001.

⁷⁰ Il riferimento è al caso *Miltner* discusso dalla Corte costituzionale austriaca nel 1987.

interpretati *in conformità* con la Dichiarazione universale dei diritti umani ed i trattati e gli accordi internazionali in materia ratificati dalla Spagna⁷¹”. Krisch anzitutto osserva come il “de conformidad” ripreso all’articolo 10 sia stato applicato in passato in materia piuttosto eterogenea, in quanto non è chiaro se le sentenze di Strasburgo debbano essere semplicemente prese in considerazione o se esse costituiscano degli orientamenti vincolanti⁷².

Altrettanto in Francia, il rapporto tra l’ordinamento nazionale ed il sistema CEDU si configura come un rapporto di coordinamento e la relazione tra i giudici come un “dialogo”⁷³. Si segnala tuttavia come la decisione presa nel 1993 dalla Corte europea nel caso *Poitrimol*, configurante la perdita del diritto d’appello per un accusato contumace come violazione del diritto ad un equo processo, non sia stata presa in considerazione dal giudice francese per oltre sei anni; solo un cambiamento di orientamento della Cour de Cassation avvenuto nel 1999 ha anticipato una modifica legislativa. Il rifiuto di conformarsi ai giudizi di Strasburgo sarebbe stato motivato in tal caso da un non meglio meno precisato contrasto “con un principio fondamentale della legge francese”. Viceversa, è significativo prendere in considerazione il caso del Regno Unito. Nella sentenza relativa al caso *Al-Skeini c. Secretary of State for Defence*, resa all’unanimità dalla House of Lords il 13 giugno 2007, Lord Cornhill, rifacendosi ad un orientamento precedente, ha affermato che i diritti della Convenzione evidentemente esistono a prescindere dallo Human Rights Act del 1988 ma che “are not as such part of this country’s law because the Convention does not form part of this country’s law⁷⁴”. Per quanto concerne invece l’applicazione dello Human Rights Act, nonostante quest’ultimo richieda alle Corti nazionali esclusivamente di “prendere in considerazione” la giurisprudenza di Strasburgo nell’interpretazione dei diritti, i giudici britannici hanno iniziato a fare riferimento alla giurisprudenza della Corte con estrema

⁷¹ V. Thomas Buergenthal, *Modern Constitutions and Treaties, Liber amicorum Louis Henkin, cit.*, pag. 203.

⁷² L’affermazione di tale autonomia risulterebbe molto chiara in due casistiche. Già con la sentenza *Bultó* del 1992 il Tribunale costituzionale ha riconosciuto l’esigenza della riapertura di un processo pur successivamente ad una sentenza di ultimo grado, in caso di pronuncia di una sentenza della Corte di Strasburgo in cui si attesti l’avvenuta violazione della Convenzione; tuttavia, due anni dopo *Bultó*, il medesimo Tribunal constitucional avrebbe emesso una decisione – non pubblicata – in cui affermava di godere di indipendenza nel suo ruolo di interpretazione ex articolo 10 (2) e di non ritenersi in alcun modo subordinato gerarchicamente rispetto alla Corte di Strasburgo⁷². In una seconda serie di casi decisi nel 2001 e riguardanti l’interpretazione degli effetti dell’inquinamento ambientale sulla salute e sul benessere individuale come strettamente correlati al godimento del diritto alla vita personale, la Corte costituzionale spagnola affermò che l’articolo 10 (2) non implica una traduzione letterale delle decisioni di Strasburgo e di conseguenza adottò criteri più severi rispetto a quelli di Strasburgo per stabilire la violazione del diritto alla vita personale: il riferimento qui è al caso *Moreno Gómez*.

⁷³ V. si Anne-Marie Slaughter, “A Typology of Transjudicial Communication”, 1994, 29 *University of Richmond Law Review* 99, 124-125 e Christopher McCrudden, “A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights”, 2000, 20 *OJLS* 499, 503-510. V. anche id., “A Global Community of Courts”, 44 *Harvard Journal of International Law* 2003, Melissa A. Waters, “Mediating Norms and Identity: The Role of Transnational Judicial Dialogue in Creating and Enforcing International Law,” 93 *Geo. L.J.* 2005, pagg.487-564, Ernest A. Young, “Foreign Law and the Denominator Problem”, 119 *Harv. L. Rev.* 2005, pagg. 149–151 e Sarah H. Cleveland, “Our International Constitution”, 31 *Yale J. Int’l L.* 2006, pagg. 10–11.

⁷⁴ V. House of Lords, *Al-Skeini vs. Secretary of State for Defence*, Opinion of Lord Cornhill, 13 giugno 2007, cita Lord Nicholls of Birkenhead and Lord Hoffmann in re McKerr [2004] UKHL 12, [2004] 1 WLR 807, par. 25 e 62-65, e e Lord Hoffmann in R v Lyons [2002] UKHL 44, [2003] 1 AC 976, par. 27.

sistematicità⁷⁵, cosicché l'House of Lords ha negato l'applicazione dello Human Rights Act a fatti avvenuti in Iraq conformandosi alla nozione di "jurisdiction" così come delineata dalla Corte europea nel caso *Bankovic*⁷⁶.

Il caso britannico porta Krisch a concludere che poco rilevi lo status formale della Convenzione europea nei vari ordinamenti interni al fine di garantire una puntuale applicazione della giurisprudenza della Corte europea da parte del giudice interno. Krisch si dice fautore dell'emergere di un ordine di carattere "pluralista", in base al quale le relazioni tra le parti costituenti sono dettate non tanto da precise regole giuridiche quanto da considerazioni contingenti di politica giuridica. Senza volere generalizzare, si può sostenere che piuttosto che da conflitto e frizioni, tale rapporto sia comunque caratterizzato da uno spirito di cooperazione. Un ruolo fondamentale in questo senso appare essere quello della stessa Corte di Strasburgo, la quale si è adoperata a fondo per garantire la sostenibilità di un simile dialogo, attraverso l'uso accorto di un approccio prudentemente evolutivo nonché dello strumento del "margine di apprezzamento". Entrambi questi due strumenti infatti permettono di inquadrare le funzioni in senso lato 'diplomatiche' e 'di mediazione' della Corte, nonché di segnalazione implicita alle autorità nazionali di potenziali casi di inconsistenza tra le legislazioni nazionali e la Convenzione.

1.6. Conclusioni

In conclusione, ci sembra che al di là dei dati, pur significativi, della prassi, una risposta equilibrata al quesito del ruolo costituzionale svolto da corti e da altri organi "quasi-giurisdizionali" internazionali non sia possibile, se non tenendo conto della questione generale dell'efficacia della metodologia giuridica internazionale. Essa è necessariamente ancorata all'analisi del diritto positivo ma contemporaneamente non può non essere orientata alla promozione di un progetto normativo internazionalista.

I recenti esempi giurisprudenziali provenienti dalle supreme corti interne appena richiamati si prestano perfettamente a chiarire questo punto. Essi possono essere letti in una luce più o meno favorevole all'apertura degli ordinamenti nazionali al diritto internazionale dei diritti umani, ma si caratterizzano comunque per la maggiore consapevolezza dei giudici interni di trovarsi ad operare in una società internazionale.⁷⁷ Pur escludendo che le norme pattizie a

⁷⁵ V. Keir Starmer and Francesca Klug, "Incorporation through the 'Front Door': The First Year of the Human Rights Act", 2001, *PL* 654.

⁷⁶ Sentenza della Corte di Strasburgo del 19 dicembre 2001.

⁷⁷ V. Gunther Teubner, "Societal Constitutionalism", in Christian Joerges, Inger-Johanne e Gunther Teubner (a cura di), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford, Hart Publishing 2004, pag. 8.

tutela dei diritti dell'uomo si collochino di per sè a livello costituzionale, le Corti costituzionali italiana e tedesca ad esempio ammettono entrambe che disposizioni pattizie più analitiche o favorevoli dei precetti costituzionali possano condizionarne il significato. Il fatto che le supreme corti ribadiscano la prerogativa di decidere sull'eventuale conflitto tra l'interpretazione di determinate norme interne (o norme internazionali recepite nell'ordinamento interno) e l'interpretazione delle norme internazionali sui diritti umani è del resto funzionale alla possibilità di garantire standard più elevati di tutela dei diritti umani rispetto a quelli previsti da strumenti pattizi internazionali. Ad esempio la Corte costituzionale italiana, richiamandosi al principio di non-discriminazione, ha fatto valere l'illegittimità costituzionale della legge di esecuzione della Convenzione OIL n°89 il cui articolo 3 vietava l'impiego delle donne nel lavoro notturno delle industrie private⁷⁸. Simili considerazioni sottolineano ancora l'importante ruolo svolto dallo Stato come attore nella tutela dei diritti umani e dal giudice interno come 'istanza giurisdizionale internazionale sui diritti umani decentrata', in analogia con la cosiddetta funzione dei tribunali interni dei Paesi membri dell'UE di "Community courts of ordinary jurisdiction"⁷⁹.

2. Diritto dei diritti umani e dibattito costituzionalizzazione – frammentarietà del diritto internazionale

L'ipotizzato processo di costituzionalizzazione del diritto internazionale è stato spesso inquadrato in dottrina come antitetico rispetto al fenomeno della frammentazione dell'ordine

⁷⁸Esempi tratti da Salerno, "Il neo-dualismo...", *cit.*, pag. 380. Secondo Nijman e Nollkamper, situazioni simili di conflitto possono essere risolte esclusivamente con riferimento alle singole specifiche circostanze e alla "qualità morale della norma" e non semplicemente in relazione alla sua fonte formale: v. Janne Nijman e André Nollkaemper, *Beyond the Divide*, *cit.*, pag. 346. Gli autori sostengono che "[t]his line of value-based reasoning helps explain why so much of the modern, in particular continental, literature pertaining to the relationship between international and domestic law speaks the language of constitutional law: it speaks about the role of fundamental values (whether domestic or international) that curtail the exercise of public power".

⁷⁹ Occorre tuttavia segnalare che la Cassazione italiana, con la sentenza del 3 gennaio 2008, n° 14, in tema di equa riparazione per la irragionevole durata dei processi in Italia, ha ritenuto che le norme della Legge Pinto relative ai criteri di liquidazione del danno prevalgano sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

La Cassazione ha cioè stabilito che non deve aversi riguardo ad ogni anno di durata del processo presupposto, come ritenuto dalla giurisprudenza consolidata della Corte europea dei diritti dell'uomo, ma solo al periodo eccedente il termine ragionevole di durata. Nel caso "Zullo", la Cassazione ha sostenuto l'impossibilità di dare alla giurisprudenza CEDU diretta applicazione nell'ordinamento giuridico italiano attraverso la disapplicazione della norma nazionale su indicata, "avendo la Corte Costituzionale chiarito, con le citate sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, che la CEDU non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa, infatti, è configurabile come un trattato internazionale multilaterale, da cui derivano "obblighi" per gli Stati contraenti (e quindi anche quello dei giudici nazionali di uniformarsi ai parametri CEDU, esclusi i casi, come quello di specie, in cui siano tenuti a rispettare una norma nazionale, della cui legittimità costituzionale non si possa dubitare), ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, omesso medio, per tutte le autorità interne degli Stati membri". Riteniamo che la lettura della Cassazione delle sentenze 348 e 349 sia solo parziale, in particolare nel momento in cui si ignora la chiara indicazione della massima corte relativa all'opportunità di rimettere alla Corte costituzionale ogni questione relativa al sospetto di contrasto tra le leggi ordinarie e le norme CEDU che siano di rilievo per una decisione.

internazionale⁸⁰. I fautori della costituzionalizzazione dell'ordine internazionale propongono infatti una ricostruzione teorica degli sviluppi contemporanei dell'ordinamento internazionale tesa a garantire l'unità formale e materiale dell'ordinamento internazionale: tale unità sarebbe indispensabile per la salvaguardia dell'unità del diritto internazionale e l'efficacia delle norme internazionali⁸¹. Abbiamo già richiamato il fatto che sia Fassbender che Dupuy sostengono apertamente che una strategia consistente nella promozione della Carta delle Nazioni unite quale stabile ed efficace costituzione della Comunità internazionale abbia come obiettivo giuridico primario il contrasto del processo di frammentazione e deformalizzazione del diritto internazionale. Fassbender insiste sull'utilità del ricorso all'approccio della costituzionalizzazione al fine di ricostruire – in un mondo globalizzato – nuove forme di legittimizzazione dello Stato⁸², inteso come soggetto decentrato della Comunità internazionale; lo studioso tedesco vede pertanto nella riaffermazione della sovranità statale un forte principio unificante della Comunità internazionale dal momento che lo Stato vedrebbe così tutelata la sua sovranità dalla stessa costituzione internazionale. Sempre al fine di rimarcare l'esistenza di un processo di costituzionalizzazione antitetico rispetto al fenomeno della frammentazione, numerosi autori hanno fatto ricorso in particolare al concetto di costituzionalizzazione dell'ordine internazionale in senso formale. Se Dupuy ritiene l'unità (in senso sostanziale e materiale) del diritto internazionale “encore très tatonnante et contradictoire, constituée par la prévalence affirmée mais pas nécessairement effective de certaines valeurs érigées en règles juridiques⁸³”, Wellens identifica nella coincidenza di norme consuetudinarie e “norme delle grandi convenzioni universali⁸⁴” un fattore unificante di notevole importanza. Anche Cassese si dice dell'avviso che la Comunità internazionale sia già profondamente integrata attraverso i

⁸⁰ Tra i numerosi esempi in questo senso, v.si l'introduzione di Simma al seminario ripreso dal *Michigan Journal of International Law*, vol 25, 845, summer 2004. Anche anche il titolo del 16° seminario estivo di Helsinki in diritto internazionale è significativo a questo proposito ("Fragmentation and Constitutionalisation in International Law"). Sul fenomeno della frammentazione, in generale, v.si Martti Koskeniemi e Päivi Leino, "Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties", 15 *LJIL* 2002, pagg 553-579; Andreas Fischer-Lescano e Gunther Teubner, "Regime Collisions: The Vain Search for a Legal Unity in the Fragmentation of Global Law?", 29 *Michigan Journal of International Law* 2004, pagg. 999-1046. Thomas Buergenthal, "Proliferation of International Courts and Tribunals: Is it Good or Bad?", 14 *LJIL* 2001, pag. 267; Jeffrey Charney, *Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals ?*, *RdC*, 1998, tomo 271, pagg. 101e ss. Il Rapporto del Gruppo di studio della Commissione di diritto internazionale definisce la frammentazione come “the emergence of specialised and (relatively) autonomous rules or rule-complexes, legal institutions and spheres of legal practice”, il quale porta al problema dell'emergere di “specialised law-making and institution building [...] with relative ignorance of legislative and institutional activities in the adjoining fields and of the general principles and practices of international law”, con un possibile risultato di “loss of an overall perspective on the law. E' utile evidenziare anche come il Rapporto si concluda coll'affermare l'esistenza del diritto internazionale in quanto sistema giuridico o ordinamento e la necessità di determinare l'esatta relazione tra due o più norme di tale ordinamento in termini di rapporto di interpretazione o di rapporto di conflitto.

⁸¹ V. Pierre-Marie Dupuy, *L'unité de l'ordre juridique international*, cit.

⁸² In particolare, v.si Jean-Yves Morin, *Institutions internationales et droits de l'homme: vers de nouvelles exigences de légitimité de l'Etat*, in *SFDI – Colloque de Nancy*, Paris, Pedone, 1994, pagg. 223-300.

⁸³ Cfr. Pierre-Marie Dupuy, *L'unité...*, cit. pag. 345.

⁸⁴ Citato in Gérard Cohen-Jonathan, *Conclusions générales* in *La pratique du droit international - Colloque de Genève*, SFDI, 2004, Paris : Pedone, pagg. 292-293.

valori dei diritti umani e dello sviluppo⁸⁵. Infine, si potrebbe argomentare che l'impegno al rispetto di determinate norme internazionali sui diritti umani intervenga nel processo di riconoscimento di nuovi Stati e nella conferma da parte della Comunità internazionale della legittimità delle rispettive costituzioni⁸⁶.

Il fenomeno di frammentazione del diritto internazionale può essere colto sia sul piano materiale, con l'affermarsi di sottosistemi normativi tendenzialmente "autosufficienti", sia sul piano istituzionale, con il crearsi di molteplici organizzazioni dotate di strumenti giurisdizionali a competenza obbligatoria e potenzialmente in concorrenza tra di loro. Il progressivo sviluppo del corpus iuris del diritto internazionale dei diritti umani sia consuetudinario sia pattizio e la proliferazione di organi deputati del controllo degli obblighi da esso posti fa sì che il diritto internazionale dei diritti umani si ponga al centro del dibattito sulla frammentazione del diritto internazionale tanto sotto il primo quanto sotto il secondo dei profili indicati.

Per quanto riguarda il profilo per così dire procedurale, considerato l'obiettivo peculiare delle norme a tutela dei diritti umani e la tutt'altro che risolta problematica della piena giustiziabilità di tali diritti, si potrebbe facilmente assumere che una politica giuridica sensibile alla tematica dei diritti umani sia naturalmente funzionale allo sviluppo del maggior numero possibile di istanze giurisdizionali, e consideri pertanto la frammentazione – almeno da un punto di vista procedurale – un fenomeno positivo⁸⁷. E' questa ad esempio la posizione di Cançado Trindade, già presidente della Corte inter-americana⁸⁸. L'assunto però, come vedremo in seguito, non è privo di rischi.

In una diversa prospettiva, il dibattito nel corso della 58a sessione di lavoro della Sesta Commissione dell'Assemblea generale delle Nazioni unite ha evidenziato come la frammentazione possa avere effetti positivi in particolare nei campi del diritto dei diritti umani e del diritto dell'ambiente, in quanto segno della "crescente accettazione" da parte degli Stati di

⁸⁵ V. Antonio Cassese, *International Law*, Oxford: OUP, II edition, 2004, pag. 45.

⁸⁶ V. ad esempio la Dichiarazione sulle Linee guida per il riconoscimento di nuovi Stati nell'Europa dell'Est e l'Unione sovietica dei Ministri degli Esteri degli Stati membri della Comunità economica europea del 16 dicembre 1991, pubblicata in 4 *EJIL* 1993, pagg. 72-73. V. anche Corte internazionale di giustizia, *Legal consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276* (1970), I.C.J. Reports 1971, pag. 126. CONTRA David Feldman, *Constitutionalism, Deliberative Democracy and Human Rights*, in John Morison, Kieran McEvoy and Gordon Anthony (a cura di), *Judges, Transition and Human Rights*, Oxford, OUP, 2007. Secondo Ralph Alexander Lorz, "no State today could expect anymore to receive international recognition for its constitutional order if this order would not provide for the protection of individual rights and freedoms. This has been made clear by the international community in the recent case of the former Yugoslavia: the successor states had to undergo an examination of their internal human rights situation (and the corresponding constitutional provisions) before the international community was ready to accept them as full members": cfr. *International Constraints on Constitution Making*, pag. 143, in Eibe Riedel, *Universality of Human Rights...*, cit.

⁸⁷ Sul tema v. Jonathan I. Charney, "Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?", 271 *RdC* 1998.

⁸⁸ Secondo Cançado Trindade: "[t]he establishment of new international tribunals is but a reflection of of the way contemporary international law has evolved, and of the current search for, and construction of, an international community guided by the rule of law and committed to the realization of justice": cfr. Id., *Speech on the occasion of the opening of the judicial year of the European Court of Human Rights*, 22 gennaio 2004, parr. 10-11.

vedere le proprie attività soggette ad una più articolata normativa internazionale⁸⁹.

A prescindere da una valutazione di principio per cui la frammentarietà costituisca un bene o un male dalla prospettiva del diritto dei diritti umani, si possono cogliere nel progressivo sviluppo del corpus del diritto internazionale dei diritti umani elementi che riflettono non solo la sempre maggiore estensione materiale del diritto internazionale, ma anche la sua crescente specializzazione, istituzionalizzazione, giurisdizionalizzazione, e questo anche in senso di proliferazione di istanze giurisdizionali o quasi-giurisdizionali. Tuttavia, quel che si vuole dimostrare in questa parte è che anche una possibile configurazione del diritto dei diritti umani come *lex specialis*, tesi a cui peraltro non accediamo, resterebbe comunque compatibile con una ricostruzione dell'ordinamento giuridico internazionale in chiave costituzionale. Nel fare ciò, ci avvarremo del Rapporto del Gruppo di studio finalizzato da Koskeniemi e preso in considerazione dalla Commissione del diritto internazionale al termine della sua 58a sessione di lavoro (d'ora in avanti "Rapporto"), il quale tratta del diritto dei diritti umani anzitutto nel quadro della discussione circa la portata della massima *lex specialis derogat legi generali* in quanto regola generalmente accettata per l'interpretazione e la risoluzione di conflitti tra norme del diritto internazionale.

Una interessante dimostrazione di come una *lex specialis* non sempre e necessariamente deroghi una precedente *lex generalis* è data dalla soluzione del caso *Southern Bluefin Tuna* del 2000, nel cui contesto il Giappone aveva sostenuto che la Convenzione del 1993 sulla protezione del tonno pinna blu si applicasse sia come *lex specialis* che come *lex posterior*, escludendo pertanto l'applicazione della Convenzione sul diritto del mare. Il tribunale arbitrale incaricato del caso tuttavia stabilì che sia la Convenzione del 1982 che il Trattato del 1993 trovassero applicazione, tracciando un interessante parallelo con il diritto dei diritti umani e sostenendo che la progressiva elaborazione di nuovi strumenti internazionali (o meglio, la partecipazione degli Stati a tali nuovi strumenti) non sollevasse gli Stati dagli obblighi in termini di tutela dei diritti umani pre-esistenti⁹⁰.

Considerando l'insieme delle norme a tutela dei diritti umani, ed in particolare i meccanismi istituzionali per fare valere la loro violazione, alcuni autori tempo addietro avevano

⁸⁹ Cfr. *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-fifth session (2003) - Topical summary of the discussion held in the Sixth Committee of the General Assembly during its fifty-eighth session, prepared by the Secretariat*, par. 220, pag. 49. Simili considerazioni in Jonathan Charney, "The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals", 31 *NYJILaP* 1999, pag. 697.

⁹⁰ Il Tribunale arbitrale osservò infatti che: "The broad provision for the promotion of universal respect for and observance of human rights, and the international obligation to co-operate for the achievement of those purposes, found in the Articles 1, 55 and 56 of the Charter of the United Nations, have not been discharged for States Parties by their ratification of Human Rights Covenants and other human rights treaties". Per un interessante commento di questo passo v. D. Morgan, "Implications of the Proliferation of International Legal fora: The Example of the Southern Bluefin Tuna Case", 43 *Harvard Journal of International Law* 2002, pag. 541.

argomentato che tale corpus si configurasse come un ‘self-contained regime’⁹¹, evidenziando esso peculiarità con riguardo alla produzione, interpretazione ed attuazione inconciliabili con il tronco comune del diritto internazionale. Il fatto che la seconda parte del presente lavoro sia interamente dedicata ad una disanima dei tratti distintivi del diritto internazionale dei diritti umani, nonché ad una smentita di tale posizione dottrinale, ci esenta da una discussione completa di tali aspetti in questo capitolo⁹². Ci sembra tuttavia opportuno anticipare qui alcuni elementi chiave, prendendo a spunto la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo.

Anzitutto, si potrebbe sostenere che il diritto dei diritti umani, e specificamente le norme CEDU, costituiscono *lex specialis* in considerazione della loro resistenza rispetto a norme internazionali poste da trattati successivi. Come è noto, nella celebre decisione del 1961 relativa al caso *Austria c. Italia* la Commissione affermò che gli obblighi posti dalla Convenzione sono “essentially of an objective character” e che fanno parte dell’ “ordre public” europeo⁹³. Se la Commissione all’epoca non aveva presentato alcuna giustificazione della specialità della CEDU, la Corte in seguito, e principalmente nel 2001 nel caso *Cipro c. Turchia* ha insistito anch’essa sul carattere peculiare della Convenzione, qualificata come “instrument of European public order (*ordre public*) for the protection of individual human beings⁹⁴”. Si tenga tuttavia presente che la Corte sino ad oggi ha prudentemente evitato di evidenziare un conflitto tra la Convenzione europea e norme contenute in trattati successivi, e questo in particolare nel caso in cui tali trattati siano stati conclusi con uno Stato terzo⁹⁵. A sua volta, il Rapporto della Commissione del diritto internazionale riconosce la difficoltà di trarre un insegnamento univoco da quelle sentenze della Corte che, sempre evidenziando la forza normativa della CEDU come trattato “integrale” o “assoluto” – ma senza esprimersi in modo definitivo sulla questione della primazia delle norme CEDU⁹⁶ - affermano la prevalenza della Convenzione rispetto a norme derivanti da trattati internazionali introdotti precedentemente alla ratifica o adesione alla

⁹¹ Lo studio intrapreso nel 1995 dal *Netherlands Yearbook of International Law* con la finalità di esaminare tali regimi, includeva esplicitamente anche l’area dei diritti umani in quanto self-contained regime: v. L.A.N.M. Banhoorn e Karel Wellens, *Diversity in Secondary Rules and the Unity in International Law*, L’Aja, Nijhoff, 1995, ma Bruno Simma, “Self-Contained Regimes”, 16 *Netherlands Yearbook of International Law* 1985, pag. si era pronunciato con chiarezza in senso negativo. Sull’evoluzione del concetto di ‘self-contained regime’, dall’ambito delle sole norme secondarie a quello delle norme primarie, v. Bruno Simma e Dirk Pulkowski, “Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law”, 17 *EJIL* 2006, pag. 483.

⁹² V. Matthew Craven, “Legal Differentiation and the Concept of the Human Rights Treaty in International Law”, 11 *EJIL* 2000, pagg. 489-490.

⁹³ Cfr. *Austria c. Italia*, caso 788/60, decisione dell’11 gennaio 1961, par. 138, 4 *Annuario CEDU* 1961. *Inter alia*, v. anche *X c. Germania* (decisione del 10 giugno 1958 nel caso 235/56), *Ilse Hess c. Regno Unito*, decisione del 25 maggio 1975). Per un commento, v. Jochen A. Frowein, *The European Convention on Human Rights as the Public Order for Europe*, 1 *Collected Courses of the Academy of European Law* 1990 e Andrew Drzemczewski, “The Sui Generis Nature of the European Convention on Human Rights”, 29 *ICQL* 1980, pag. 54.

⁹⁴ V. *Cipro c. Turchia*, caso n° 25781/94, sentenza del 10 maggio 2001.

⁹⁵ V. ad esempio *Soering v. United Kingdom*, sentenza del 7 luglio 1989, caso n° 14038/88. Sul punto v. Andrea Gattini, “A Trojan Horse for Sudeten Claims? On Some Implications of the Prince of Liechtenstein v. Germany”, 13/2 *EJIL* 2002, p. 513 ss.a p.

⁹⁶ Cfr. Commissione di diritto internazionale, *Fragmentation of International Law...*, cit., par. 249.

CEDU⁹⁷. Senza voler entrare qui nel vivo del tema del fondamento della specialità dei trattati sui diritti umani, desideriamo tuttavia sottolineare come la stessa Corte di Strasburgo nel caso *Irlanda c. Regno Unito* abbia indicato le conseguenze del riconoscimento della natura oggettiva degli obblighi creati dalla Convenzione nella possibilità di un'attuazione collettiva di tali obblighi, "over and above a network of mutual bilateral undertakings"⁹⁸, il che di per sé non è indice di una particolare specialità dei trattati sui diritti umani rispetto agli altri trattati quanto al loro fondamento⁹⁹.

In riferimento alle modalità di interpretazione dei trattati, è noto che gli approcci di interpretazione dinamica o teleologica siano maggiormente sviluppati nel diritto dei diritti umani rispetto al resto del diritto internazionale pubblico¹⁰⁰. Eppure la Corte di Strasburgo ha invocato l'articolo 31, par. 3 lett. c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, e dunque il richiamo di norme di diritto internazionale generale pertinenti, anche con riferimento al conflitto tra il principio dell'immunità dello Stato ed il diritto all'accesso alla giustizia¹⁰¹. Nella sentenza *Al-Adsani*, la Corte ha avuto modo di osservare che:

The Convention should so far as possible be interpreted in harmony with other rules of international law of which it forms part, including to those relating to the grant of State immunity. It follows that measures taken by a High Contracting Party which reflect generally recognized rules of public international law on State immunity cannot in principle be regarded as imposing a disproportionate restriction on the right of access to court as embodied in Article 6 (1)¹⁰².

In tale circostanza, la Corte avrebbe certamente potuto optare per un ragionamento più pratico e sostenere che il concetto di immunità dello Stato non sia rilevante ai fini dell'applicazione della Convenzione¹⁰³, in modo da evitare di dover tracciare un bilanciamento

⁹⁷ Si tratta del caso *Slivenko c. Lettonia*, sentenza del 13 luglio 2001, par. 47. In base a tale sentenza, infatti, la ratifica della Convenzione presuppone che "any law then in force in its territory should be in conformity with the Convention"; la Corte conferma inoltre in questa occasione la sua competenza a considerare la compatibilità di quegli obblighi internazionali assunti dagli Stati parti "subsequent to the entry into force of the Convention or its Protocols in respect of these States: v. Commissione di diritto internazionale, *Fragmentation of International Law...*, cit., par. 249.

⁹⁸ Cfr. *Irlanda c. Regno Unito*, sentenza dell'8 gennaio 1978, caso 5310/71.

⁹⁹ V. Bruno Simma, *From Bilateralism to Community...*, cit., pag. 217.

¹⁰⁰ V. Benedetto Conforti e Francesco Francioni, *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, pag. 95. V. anche Commissione di diritto internazionale, *Fragmentation of International Law...*, cit., par. 130. Vedi anche Martti Koskenniemi e Päivi Leino, "Fragmentation of International Law?..." cit., pag. 567. Sul ruolo della Corte internazionale di giustizia vedi soprattutto l'opinione consultiva *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, *Advisory Opinion*.

¹⁰¹ V. Alexander Orakhelashvili, "Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights", 14 EJIL 2003, pag. 529. V. anche Campbell McLachlan, "The Principle of Systemic Integration and Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention", 54 ICLQ 2005, pagg. 279-320. La giurisprudenza di riferimento comprende: *Al-Adsani c. Regno Unito*, sentenza del 21 novembre 2001, ECHR 2001-XI, pag. 79; *Fogarty c. Regno Unito*, sentenza del 21 febbraio 2001, ECHR 2001-XI, pag. 157; *McElhinney c. Irlanda*, sentenza del 21 novembre 2001, ECHR 2001-XI, pag. 37. V. si anche, Decisione sull'ammissibilità del 12 dicembre 2001, ECHR 2001-XII, pag. 351, par. 57.

¹⁰² V. Sentenza del 21 novembre 2001, par. 55.

¹⁰³ Cfr. Commissione di diritto internazionale, *Fragmentation of International Law...*, cit., par. 438.

tra l'interesse generale nella conferma del principio dell'immunità dello Stato (come previsto dal diritto consuetudinario) e l'interpretazione del testo della Convenzione¹⁰⁴. L'esempio proposto dal caso *Al-Adsani* è ad ogni modo significativo nel confermare che la Corte - pur riaffermando che la proibizione della tortura costituisce una norma di diritto cogente¹⁰⁵ - non abbia mai (almeno sino ad oggi) preventivamente ritenuto assodato che le norme della Convenzione debbano necessariamente prevalere su un istituto del diritto internazionale generale.

Si noti come anche il concetto di giurisdizione adottato nella giurisprudenza della Corte europea non si discosti dall'impostazione classica del diritto internazionale. Come espresso nella sentenza *Assanidze c. Georgia*:

[...] as a general rule, the notion of jurisdiction within the meaning of article 1 of the Convention must be considered as reflecting the position under public international law. That notion is primarily or essentially territorial. In addition to the State territory proper, territorial jurisdiction extends to any area which, at the time of the alleged violation, is under the 'overall control' of the State concerned, notably occupied territories, to the exclusion of areas outside such control¹⁰⁶.

A questo scopo la Corte ha regolarmente applicato i principi incorporati nel Progetto di articoli elaborato dalla Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità internazionale degli Stati al fine di verificare se una determinata condotta da parte di attori non-statali possa essere attribuita ad uno Stato¹⁰⁷. Nel valutare se un'azione militare al di fuori del territorio di uno Stato debba considerarsi come avente luogo nell'ambito della sua giurisdizione, la Corte ha fatto riferimento al test del controllo effettivo, seguendo pertanto la giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia, ed in linea con l'articolo 8 dell'Articolato¹⁰⁸. Ancora, la Corte di Strasburgo ha fatto riferimento agli articoli 14 e 15 per determinare l'estensione di una violazione nel tempo¹⁰⁹.

Da ultimo, si potrebbe fare riferimento al fatto che sia la Corte europea che la Corte inter-

¹⁰⁴ Cfr. Commissione di diritto internazionale, *Fragmentation of International Law...*, cit., par. 162. Il rapporto cita *Fogarty c. Regno Unito*, sentenza del 21 novembre 2001, ECHR 2001-XI, par. 36: "Measures taken by a High Contracting Party which reflect recognized rules of public international law on State immunity cannot in principle be regarded as imposing a disproportionate restriction on the right to access to a court as embodied in Article 6 (1). Just as the right of access to court is an inherent part of the fair trial guarantee in that Article, so some restrictions on access must likewise be regarded as inherent, an example being those limitations generally accepted by the community of nations as part of the doctrine of State immunity".

¹⁰⁵ Numerosi anche i commenti in dottrina: tra gli altri, v. si Emmanuel Voyiakis, "Access to Court v. State Immunity", 53 *ICLQ* 2003, pagg. 297-232. Il caso dell'immunità dello Stato, con riferimento al caso *Waite e Kennedy* di fronte alla Corte di Strasburgo, è preso come esempio anche da Hafner in "Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law", cit., pag. 852.

¹⁰⁶ Cfr. *Assanidze c. Georgia*, sentenza dell'8 aprile 2004, par. 137-138.

¹⁰⁷ V., sentenza della Grand Chamber, 8 luglio 2004, par. 319, citato da Helmut Philipp Aust, "State Responsibility Through the Prism of Diversity", cit., pag. 186.

¹⁰⁸ V. *Loizidou c. Turchia*, para 62 e *Bankovic e altri c. Belgio e altri*, par. 70.

¹⁰⁹ Cfr. par. 321

americana tendano ad applicare il regime della responsabilità internazionale prevedente la *restituito in integrum* oltre alla concessione dell'equa riparazione, e questo “en s'appuyant justement sur les principes généraux du droit international¹¹⁰”. Sebbene l'articolo 41 (ex 50) CEDU citi soltanto soltanto l'equa soddisfazione come misura che lo Stato ha l'obbligo di adottare a titolo di riparazione successivamente alla constatata violazione della Convenzione ed in caso di insufficiente previsione di mezzi di riparazione nell'ordinamento interno, a partire dalla decisione nel caso *Papamichalopoulos e altri c. Grecia* del 1995, la Corte ha chiaramente affermato che la *restitutio in integrum* costituisce la principale forma di riparazione conseguente alla constatazione della violazione della CEDU¹¹¹. Simili conclusioni – favorite tuttavia dal fatto che la Convenzione interamericana oltre alla “fair compensation be paid to the injured party” fa riferimento più in generale alla previsione di “rimedi”¹¹² - vengono ricostruite dalla Corte interamericana nel caso *Castillo Páez c. Perù*¹¹³.

In base alle considerazioni sino ad ora espresse, si può concludere con Caflish e Cancado Trindade che “l'idée du fractionnement du droit international [...] n'a guère de pertinence pour les systèmes internationaux de protection des droits de l'homme¹¹⁴”. Tale posizione sembra essere condivisa dalla dottrina prevalente. Al termine di una panoramica in cui sono via via illustrati i peculiari aspetti del diritto dei diritti umani, quali ad esempio il carattere non reciproco degli impegni assunti dagli Stati parti in materia di diritti umani, il regime delle riserve che viene applicato in tale corpus juris, il *jus standi* dell'individuo, Pastor Ridruejo giunge alla conclusione che le specificità del diritto dei diritti umani “émanent de la volonté souveraine des Etats”, “existent dans l'ensemble du droit international bien qu'avec une intensité moins grande” e sono pertanto da interpretare nell'ottica dell'espansione, la

¹¹⁰ Cfr. Gérard Cohen-Jonathan, *Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Liber amicorum M.A. Essein*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pag. 41 e ss.

¹¹¹ Nel caso *Papamichalopoulos e altri c. Grecia*, e più recentemente in *Akdivar c. Turchia* la Corte afferma che: “a judgement in which it finds a breach imposes on the respondent State a legal obligation to put an end to such breach and make reparation for its consequences in such a way as to restore as far as possible the situation existing before the breach (*restitutio in integrum*)”: cfr. *Papamichalopoulos e altri c. Grecia*, 25 ottobre 1995, Series A 330, par. 34 e *Akdivar c. Turchia*, 1 aprile 1998, par. 47. Del resto, sia nelle sentenze *Ringeisen* (22 giugno 1972, Series A 15) e *Neumeister* (7 maggio 1974, Series A 18), la Corte afferma che le norme di diritto internazionale generale relative all'attuazione della responsabilità internazionale debbano applicarsi anche al regime dei diritti umani: sul punto, v. Dinah Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pag. 49 e Pasquale Pirrone, “Il caso *Papamichalopoulos* dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo: *restitutio in integrum* ed equa soddisfazione”, *RDI* 1997, pag. 152 e ss. Bernardt riconosce come la Corte “per diverse decadi”, abbia dedicato pochissime energie a verificare se il diritto interno permettesse una parziale o piena riparazione, e per un lungo periodo si fosse riservata ogni decisione relativa alla compensazione ad un secondo momento rispetto alla pronuncia nel merito di un caso: v. Rudolf Bernhardt, *Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights*, in *International responsibility today: essays in memory of Oscar Schachter*, Leiden: Brill, 2005, pag. 245.

¹¹² Il riferimento è all'articolo 63.1 della Convenzione. Un caso di riferimento nella giurisprudenza del Comitato dei diritti umani è

¹¹³ V. sentenza 27 novembre 1998, al par. 48 nonché il caso *Velásquez Rodríguez*, con sentenza della stessa corte del 21 luglio 1989. Per un commento, v. B. Fontana, “Damage Awards/or Human Rights Violations in the European and InterAmerican Courts of Human Rights”, 31 *Santa Clara Law Review* 1991, pagg. 1127-1169.

¹¹⁴ Lucius Caflisch e Augusto Cancado Trindade, “Les conventions americaine et européenne des droits de l'homme ...”, citato al par. 183.

diversificazione e la specializzazione del diritto internazionale¹¹⁵. Se - in termini generali - tale commento è coerente con la conclusione da parte del Gruppo di lavoro della Commissione del diritto internazionale che nessuno dei regimi definiti da trattati settoriali oggi in vigore sia “self-contained” nel senso da escludere l’applicazione del diritto internazionale generale¹¹⁶, in un suo precedente scritto il Rapporteur Koskenniemi aveva però posto in evidenza un problema rilevante: il fatto cioè che il pericolo maggiore per l’unità del diritto internazionale derivi dai cosiddetti regimi “semi” autosufficienti, ossia quelli che applicano, o meglio piegano, il diritto internazionale generale in base ad una loro specifica prospettiva¹¹⁷. Riteniamo tuttavia a questo proposito opportuno richiamare il caso *Al-Adsani*, a dimostrazione del fatto che la “sicurezza giuridica” internazionale non sia stata minacciata dalle istanze giurisdizionali sui diritti umani e che prevalga piuttosto un approccio quanto mai di prudenza o - nei termini di un recente Rapporto dell’International Law Association - di ‘riconciliazione’ del diritto internazionale dei diritti umani con il tronco comune del diritto internazionale¹¹⁸. Al tempo stesso, occorre riconoscere che la sentenza *Al-Adsani* è sintomatica della difficoltà di tale riconciliazione con riferimento al progressivo affermarsi di una gerarchizzazione di determinate norme internazionali.

3. Diritto dei diritti umani e regimi settoriali di diritto internazionale

Un test di particolare interesse al fine di verificare se il diritto dei diritti umani costituisca un regime speciale di diritto internazionale, auto-sufficiente o meno, o se piuttosto l’affermazione della sua natura “costituzionale” rappresenti un rimedio contro la frammentazione, consiste nell’analizzare l’impatto eventuale di tale diritto sulla struttura e sul contenuto di altri regimi sostanziali del diritto internazionale.

¹¹⁵ Ciò porta l’autore a concludere che “[e]ntre le tronc commun du droit international et sa branche du droit international des droits de l’homme, les rapports fondamentaux sont caractérisés par l’unité et non par la fragmentation”, cfr : José Antonio Pastor Ridruejo, *Droit international et droit international des droits de l’homme – Unité ou fragmentation?*, in Breitenmoser et alii (a cura), *Human Rights, Democracy and the Rule of Law – Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Dike, Nomos, 2007, pag. 549. Identiche conclusioni in Alain Pellet, *L’unité ou la fragmentation du système juridique international?*, in SFDI, *La protection des droits de l’homme et l’évolution du droit international, Colloque de Strasbourg*, Paris, Pedone, 1998, nonché in Gérard Cohen-Jonathan, in *La protection des droits de l’homme et l’évolution du droit international*, in SFDI, *La protection des droits de l’homme...*, cit., pag.312.

¹¹⁶ V. Commissione di diritto internazionale, *Fragmentation of International Law*, cit., par. 172: “on the contrary, Treaty Bodies in human rights and trade law, for example, make constant use of general international law in the administration of their special regimes”.

¹¹⁷ V. Martti Koskenniemi e Päivi Leino, “Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties...”, cit., pag. 561.

¹¹⁸ Il Comitato “International Human Rights Law and Practice” dell’Associazione, nel suo “Interim Report on the Relationship between General International Law and International Human Rights Law” a cura di Scheinin sottolinea che esistono due approcci principali al fine di considerare tale rapporto: “The first approach was to emphasise the special, distinctive nature of international human rights law and to assume that the rules and principles of general international law are not applicable to human rights law. This was labelled the “fragmentation approach”. The other approach was to take as the point of departure that international human rights law is part of general international law and that the two branches of law should be reconciled with each other as much as possible. This was labelled the “reconciliation approach”.

In dottrina vi sono stati già numerosi esercizi di questo genere. Particolarmente nota è la tematica del rapporto tra diritto internazionale umanitario e diritto dei diritti umani, sul quale anche la Corte internazionale di giustizia ha avuto svariate occasioni di pronunciarsi negli ultimi quindici anni.

Nel suo Parere consultivo del 1996 sulla *Liceità della minaccia o uso di armi atomiche*¹¹⁹, la Corte internazionale di giustizia, com'è noto, ha osservato che sia le norme incluse nel Patto internazionale sui diritti civili e politici sia il diritto dei conflitti armati trovano contemporaneamente applicazione nel contesto dei conflitti armati, ma che quest'ultimo prevale a titolo di *lex specialis*. Successivamente la Corte ha affinato il suo pensiero. Nel Parere consultivo del luglio 2004 sulle *Conseguenze giuridiche della costruzione di un muro nei Territori palestinesi occupati* la Corte ha affermato che la protezione prevista dal Patto sui diritti civili e politici non può essere limitata nell'ambito dei conflitti armati se non in virtù di una deroga richiesta in base all'articolo 4 del Patto e ha opportunamente spiegato che tre soluzioni sono prospettabili al fine di tracciare il rapporto tra diritto internazionale umanitario e diritti dei diritti umani: determinati diritti possono afferire in maniera esclusiva al primo piuttosto che al secondo corpo giuridico, o in alternativa possono essere riconosciuti contemporaneamente da entrambi. Al fine di operare tale distinzione, la Corte dovrà fare riferimento al diritto dei diritti umani come al diritto umanitario, quest'ultimo in quanto *lex specialis*¹²⁰. Tali considerazioni hanno portato la Commissione del diritto internazionale a concludere che il rapporto tra la massima della *lex specialis* ed altre norme di interpretazione e conflitto non può essere determinato in termini generali, quanto in relazione al contesto della situazione di specie¹²¹. La dottrina recente, richiamando la giurisprudenza del Tribunale penale internazionale per la Ex-Jugoslavia¹²², non ha tuttavia mancato di sottolineare che la prevalenza

¹¹⁹ V. Opinione consultiva dell'8 luglio 1996, ICJ Reports 1996.

¹²⁰ V. ICJ Reports 2004, para. 106. Per un commento, v. i contributi nell'*Agorà* dell'*AJIL* 99/1 del gennaio 2005, ed in particolare Ardi Imseis, "Critical Reflections on the International Humanitarian Law Aspects of the ICJ Wall Advisory Opinion", pagg. 102-118. V. anche Andrea Bianchi, *Dismantling the Wall: The ICJ's Advisory Opinion and its Likely Impact on International Law*, 47 *German Yearbook of International Law* 2004, pagg. 343-391.

¹²¹ Il Rapporto evidenzia tuttavia come la Corte abbia esplicitato come il diritto dei diritti umani debba continuare ad essere puntualmente applicato nel contesto dei conflitti armati: "[t]he exception - humanitarian law - only affected one (albeit important) aspect of it, namely the relative assessment of "arbitrariness". Humanitarian law as *lex specialis* did not suggest that human rights were abolished in war. It did not function in a formal or absolute way but as an aspect of the pragmatics of the Court's reasoning. However desirable it might be to discard the difference between peace and armed conflict, the exception that war continues to be to the normality of peace could not be simply overlooked when determining what standards should be used to judge behaviour in those (exceptional) circumstances. [...] *Lex specialis* did hardly more than indicate that though it might have been desirable to apply only human rights, such a solution would have been too idealistic, bearing in mind the speciality and persistence of armed conflict": cfr. Commissione di diritto internazionale, *Fragmentation of International Law...*, cit, par. 104. Si tratta del cosiddetto principio della "contextual appreciation", descritto al paragrafo 6 del documento *Conclusions of the Work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, adottato dalla Commissione di diritto internazionale nella sua 58a sessione ed incluso nel rapporto di tale sessione inviato all'Assemblea generale delle Nazioni unite: v. documento ONU A/61/10.

¹²² Nella sentenza sul caso *Kunarac*, si osserva che "in terms of goals, values and terminology the recourse to human rights law is generally a welcome and needed assistance to determine the content of customary international law in the

del diritto umanitario come *lex specialis* debba essere necessariamente limitata ad un numero ristretto di situazioni in modo da non compromettere il livello di protezione previsto dal diritto dei diritti umani applicabile¹²³. Nella richiesta di misure precauzionali dell'ottobre 2008, nel caso *Georgia c. Federazione russa*, relativo all'attuazione della Convenzione sulla lotta alle discriminazioni razziali, la Corte sostiene che la condotta russa lamentata dalla Georgia "sembra essere in grado di violare diritti previsti dalla Convenzione, "even if certain of these alleged acts might also be covered by other rules of international law, including humanitarian law"¹²⁴.

La Corte europea dei diritti dell'uomo non ha giurisdizione diretta su violazioni del diritto internazionale umanitario, ma ciò non le ha impedito di verificare il rispetto dei diritti umani in situazioni di conflitto armato. In due casi del 2005, relativi alla violazione del diritto alla vita nel contesto del conflitto armato ceceno, la Corte ha evitato di verificare l'applicabilità del diritto internazionale umanitario in quanto *lex specialis* e confermato invece la piena applicabilità della CEDU¹²⁵. Solo recentemente essa ha fatto incidentalmente riferimento a tale corpus giuridico nella sua giurisprudenza recente. Nel caso *Korbely c Ungheria*, al fine di giustificare che gli atti commessi dal ricorrente, un ufficiale militare coinvolto nella repressione del tentativo di rivoluzione ungherese del 1956, pur determinanti una violazione dell'articolo 7 CEDU, non costituissero un crimine contro l'umanità, fece riferimento alla quarta convenzione di Ginevra e al primo e secondo protocolli facoltativi¹²⁶.

Un'altra area di indagine che è stata ampiamente esplorata¹²⁷ consiste nel rapporto tra diritti umani e diritto degli investimenti, con riferimento a due fenomeni distinti. Il primo riguarda i diritti economici degli investitori e degli operatori economici, in particolare sotto il profilo delle garanzie previste da trattati di investimento bilaterale e accordi di libero scambio. Tali trattati prevedono spesso clausole di protezione rispetto a condotte illegali degli Stati in cui gli investimenti hanno luogo, ed in primo luogo espropri e nazionalizzazioni illegali: il diritto dei diritti umani, ed in particolare le norme a tutela del diritto di proprietà, vengono utilizzate in maniera dall'arbitro internazionale al fine dell'interpretazione delle garanzie contenute nei rispettivi accordi di investimento. Tuttavia, spesso, nel corso degli arbitrati internazionali

field of humanitarian law. With regard to certain of its aspects, international humanitarian law can be said to have fused with human rights law": cfr. par. 467, 22 febbraio 2001.

¹²³ V. Alexander Orakhelashvili, "The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence?", 19 *EJIL* 2008, pag. 182. Per ulteriori riferimenti, v. dello stesso autore "The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: A Case of Fragmentation?", *International Law and Justice Colloquium, New York University*, 26 febbraio 2007.

¹²⁴ Cfr. par. 112.

¹²⁵ V. *Isayeva, Yusupova e Bazayeva c. Russia*, ricorso n° 57947-49/00, sentenza del 24 febbraio 2005 e *Isayeva c. Russia*, ricorso. 57950/00, sentenza del 24 febbraio 2005.

¹²⁶ V. *Korbely v. Hungary*, ricorso n°. 9174/02, sentenza della Great Chamber del 19 settembre 2008.

¹²⁷ V. Moshe Hirsch, "Interactions between investment and non-investment obligations in international investment law," in Christoph Schreuer (a cura di), *Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford: Oxford University Press, 2008, pagg. 154-181.

responsabili per la valutazione del rispetto degli accordi di cooperazione, emergono altre questioni relative al diritto dei diritti umani. Ad esempio, un governo – anche sulla base di pressioni da parte di gruppi di interesse o di organizzazioni non-governative – può violare i termini di un accordo di investimento, giustificando la sua condotta con l'esigenza di essere tenuto a rispettare obblighi in materia di tutela dei diritti umani, ed in particolare di diritti economici, sociali e culturali. Tali situazioni portano alla necessità di prevedere già a livello pattizio maggiori indicazioni sul rapporto tra diritti umani e diritto degli investimenti.

Una tematica forse un poco meno indagata è quella relativa al rapporto fra diritti umani e diritto dell'ambiente. In passato la dottrina si è sì ampiamente occupata del possibile emergere nel diritto dei diritti umani di norme specifiche relative al 'diritto ad un ambiente naturale sano' (o 'soddisfacente')¹²⁸, ma in maniera meno sistematica dell'impatto strutturale del diritto dei diritti umani sul diritto internazionale dell'ambiente¹²⁹.

Gli sviluppi normativi e giurisprudenziali nell'ambito della tutela dei diritti umani e relativi alla protezione, indiretta, dell'ambiente naturale hanno profondamente influenzato il diritto internazionale dell'ambiente. Riteniamo si possa parlare di un'integrazione delle considerazioni relative alla tutela dei diritti umani nel diritto internazionale dell'ambiente con riferimento a due dimensioni: da un lato, l'affermazione contenuta in numerosi trattati di diritto dell'ambiente per cui la tutela del benessere e della sopravvivenza dell'uomo costituisce un obiettivo primario di tale diritto¹³⁰; dall'altro, la previsione di specifiche norme sostanziali e procedurali volte a tutelare gli interessi e i diritti degli individui nel loro habitat naturale¹³¹. E' soprattutto in base a questa seconda dimensione che dal nostro punto di vista si può apprezzare appieno l'impatto del diritto dei diritti umani sul diritto dell'ambiente.

Un intenso dibattito sull'opportunità di riconoscere e codificare il diritto umano all'ambiente ha avuto luogo a partire dalla Conferenza delle Nazioni unite sull'ambiente umano

¹²⁸ V. Robin R. Churchill, "Environmental rights in existing human rights treaties", in Alan E. Boyle e Michael R. Anderson (a cura di), *Human Rights Approaches to environmental protection* (1996), 89. Anche Dinah Shelton, "The environmental jurisprudence of international human rights tribunals", in Romina Piccolotti e Jorge Daniel Taillant (a cura di), *Linking human rights and the environment*, 2003; anche Mariana T. Acevedo, "The intersection of human rights and environmental protection in the European Court of Human Rights", 8 *NYUJL* 2000, pag. 437.

¹²⁹ Gunther Handl, *Human Rights and Protection of the Environment: A Mildly 'Revisionist View'*, in Augusto Cançado Trindade (a cura di), *Human Rights and Environmental Protection*, 1992; A. Kiss, *Peut-on définir le droit de l'homme à l'environnement?*, 1976 *Revue juridique de l'environnement*; Prudence Taylor, *From Environmental to Ecological Human Rights: A New Dynamic in International Law*, 309 *Georgetown Int'l Environmental Law Review* 1998; Catherine Redwell, "Life, the universe and everything: a critique of anthropocentric rights", Boyle Anderson...*human rights approaches to environmental*; Romina Piccolotti e Sofia Bordenave, "The enforcement of environmental law from a human rights perspective", 3 *SDLP* 2003; C. Miller, "The European Convention of Human Rights: another weapon in the environmentalist's armory", 11 *JEL* 1999.

¹³⁰ V. Aalt Willem Heringa, *Human Rights and general principles and their importance as a legislative technique. Do they matter in legislation? An analysis with specific reference to environmental protection*, in id. *Environmental law in development*, Cheltenham: Elgar, 2006.

¹³¹ V. Dinah Shelton, "Human Rights and the environment", 38 *Environmental Policy and Law* 2008, pagg. 40-49.

del 1972, la cui dichiarazione finale recitava¹³²:

Man has the fundamental right to freedom, equality and adequate conditions of life, in an environment of a quality that permits a life of dignity and well-being, and he bears a solemn responsibility to protect and improve the environment for present and future generations¹³³.

Tuttavia la dichiarazione finale della successiva conferenza mondiale su ambiente e sviluppo tenutasi a Rio de Janeiro del 1992 evitava di riutilizzare tale linguaggio e, pur tracciando un legame diretto tra protezione dell'ambiente e tutela dei diritti umani, evitava di riconoscere specificamente un diritto umano sostantivo all'ambiente¹³⁴. Anche la proposta avanzata in seno alla Commissione delle Nazioni unite dei diritti umani nella prima metà degli anni novanta di redigere un testo non vincolante sul diritto ad un ambiente sano si concluse con un insuccesso, a causa dell' opposizione di un gruppo trans-regionale di Paesi¹³⁵. Estremamente utile resta tuttavia il lavoro svolto dalla apposita Sotto-Commissione illustrato nel rapporto finale su "Human Rights and the Environment" presentato dalla relatrice Fatma Zohra Zsentini e corredato da un ambizioso progetto di "Principi sui diritti umani e l'ambiente".

In base alla ricostruzione data dal rapporto finale della Sotto-Commissione è possibile inquadrare il legame tra la tutela dell'ambiente e la promozione e protezione dei diritti umani attraverso tre prospettive diverse. In primo luogo, le garanzie codificate in convenzioni relative alla tutela dei diritti civili e politici possono costituire una base giuridica rilevante al fine di permettere l'accesso degli individui alle informazioni ambientali, a rimedi giudiziari e più in generale di facilitare la partecipazione degli individui ai processi decisionali relativi alla

¹³² Nel 1977 la Conferenza delle Nazioni unite sull'ambiente umano dichiarava che "l'uomo ha il diritto fondamentale alla libertà, all'uguaglianza e ad adeguate condizioni di vita, in un ambiente di qualità tale da permettere una vita dignitosa ed il benessere, ed è soggetto ad una solenne responsabilità di proteggere e migliorare l'ambiente per le generazioni presenti e future". Nel 1992, la Dichiarazione di Rio sottolineava che gli esseri umani sono "la principale preoccupazione dello sviluppo sostenibile", reiterando inoltre il fatto che gli esseri umani abbiano titolo "ad una vita produttiva e salutare in armonia con la natura".

¹³³ Principio 1, disponibile su

<http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=97&ArticleID=1503> (ultimo accesso 17 agosto 2009).

¹³⁴ Il principio n°10 contenuto nella Dichiarazione finale della Conferenza di Rio sanciva infatti che le questioni ambientali "sono gestite al meglio" con la partecipazione di tutti i cittadini interessati ai diversi livelli, riconoscendo un dovere per i governi di dare accesso ai cittadini all'informazione detenuta da autorità pubbliche, comprese informazioni su materiali pericolosi; lo stesso principio, inoltre, sanciva il dovere per i governi di prevedere l'accesso effettivo al ricorso amministrativo e giudiziario.

¹³⁵ Più recentemente, si segnala l'istituzione da parte della Commissione delle Nazioni unite dei diritti umani nel 1995 di un Relatore speciale sugli effetti negativi del movimento illecito e stoccaggio di rifiuti tossici e di prodotti pericolosi sul godimento dei diritti umani. E' inoltre rilevante il recente attivismo del Consiglio dei diritti umani delle Nazioni unite sul tema del rapporto tra cambiamento climatico e diritti umani. Una recente risoluzione del Consiglio dei diritti umani su questo tema, riconosce la globalità del problema del cambiamento climatico, e pertanto la necessità di soluzioni globali, le sole in grado di garantire che la promozione dei diritti umani costituisca un'esigenza al centro delle politiche internazionali e regionali sul cambiamento climatico. La tematica, che può sembrare astratta, si concretizza immediatamente facendo riferimento alla situazione dei prevedibili nuovi movimenti migratori dovuti ai cosiddetti "sfollati climatici" o alle questioni relative all'utilizzo della terra per la produzione di bio-combustibili il cui impatto sull'ambiente in termini di produzione di anidride carbonica è favorevole: v. risoluzione A/HRC/10/L.30 del 19 marzo 2009.

gestione dell'ambiente naturale.

Numerose convenzioni internazionali di diritto dell'ambiente fanno riferimento a garanzie procedurali a favore degli individui, quali il diritto alla partecipazione, all'accesso all'informazione e alla giustizia in relazione a casi di politica ambientale. Ad esempio, la Convenzione quadro sul cambiamento climatico prevede, all'articolo 6, che le parti "promuoveranno e faciliteranno al livello nazionale e, come appropriato, ai livelli sub-regionali e regionali, in linea con le leggi nazionali ed i regolamenti, e secondo le rispettive risorse, l'accesso pubblico all'informazione e alla partecipazione pubblica"¹³⁶. Tali garanzie sono sistematizzate nella Convenzione di Aarhus del 1998 sull'accesso all'informazione, alla pubblica partecipazione nella presa di decisioni e all'accesso alla giustizia nelle questioni ambientali, un trattato sviluppato in ambito UNECE ma aperto alla partecipazione anche di Stati di altre regioni. Il preambolo della Convenzione prevede che "una protezione adeguata dell'ambiente è essenziale per gli esseri umani e al fine di permettere il godimento dei diritti umani di base", sottolineando poi che "ogni persona ha il diritto di vivere in un ambiente adeguato per la sua salute e benessere, nonché il dovere, individualmente ed in associazione con altri, di proteggere e migliorare l'ambiente a beneficio delle generazioni presenti e future". Rileva inoltre osservare che le garanzie previste dalla Convenzione di Aarhus non si limitano a politiche e decisioni che si esplicano al livello interno, ma si estendono anche nell'ambito della proiezione internazionale di tali politiche e decisioni. Simili previsioni pattizie sono anche riconosciute in una serie di documenti internazionali di natura raccomandatoria, come la Carta europea dell'ambiente e la salute dell'Organizzazione mondiale della salute¹³⁷.

Ma al di là dei vari diritti di carattere procedurale, anche molteplici diritti umani di carattere sostanziale possono venire ugualmente in rilievo laddove si affronti una questione di diritto ambientale: si pensi al diritto alla vita, al rispetto alla vita privata e familiare, alla proprietà, nonché il diritto ad un rimedio efficace. E' del resto nota la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale pur indicando chiaramente che la Convenzione non permette azioni in 'actio popularis' relative alla protezione dell'ambiente in astratto¹³⁸, ha tuttavia chiarito che, indirettamente, essa offre un importante grado di protezione relativo a questioni ambientali, nel momento in cui riconosce che determinati fattori ambientali possono condizionare il godimento

¹³⁶ Similmente, in relazione al diritto alla partecipazione, l'articolo 14 della Convenzione sulla diversità biologica. In relazione al diritto all'informazione, si vedano la Convenzione di Helsinki del 1992 sulla protezione e l'uso di corsi d'acqua transfrontalieri e laghi internazionali, la Convenzione di Espoo del 1992 sull'impatto ambientale in un contesto transfrontaliero e la Convenzione di Parigi, o ancora la Convenzione AIEA sulla sicurezza della gestione della sicurezza di combustibile spento e sulla sicurezza della gestione dei rifiuti radioattivi.

¹³⁷ Similmente, si vedano le conclusioni della riunione OSCE di Sofia sulla protezione dell'ambiente dell'ottobre 1989 (CSCE/SEM.36) o la dichiarazione ministeriale sullo sviluppo sostenibile e ambientalmente idoneo in Asia e nel Pacifico del 16 ottobre 1990).

¹³⁸ V. Comitato dei diritti umani, CCPR/C/88/D/1453/2006, caso *Brun c. Francia*.

dei diritti garantiti dalla Convenzione¹³⁹. Un esempio giurisprudenziale rilevante è costituito dal caso *Öneryildiz c. Turchia* del 2002, relativo alla morte di nove membri della famiglia del ricorrente in seguito al riversamento accidentale sulla loro casa in un sobborgo di Istanbul di una massa di rifiuti proveniente da una vicina discarica. La Corte di Strasburgo riconobbe in tale occasione che l'inadeguata criminalizzazione dei fatti che portarono a tale evento costituiscono una violazione del diritto alla vita: la Corte giunse a tale conclusione basandosi su norme di diritto internazionale ed europeo dell'ambiente relative all'attribuzione della responsabilità civile e penale, ed in particolare sulla Convenzione del 1993 sulla responsabilità civile per danni risultanti da attività pericolose per l'ambiente¹⁴⁰. In un caso ugualmente noto¹⁴¹, la Commissione di Strasburgo ha stabilito che l'articolo 10 CEDU (libertà di espressione) impone agli Stati parti l'obbligo non solo di rilasciare informazioni riguardanti l'ambiente, ma anche il dovere di raccogliere, compilare e disseminare informazioni che non sarebbero altrimenti accessibili al pubblico o portate all'attenzione del pubblico. Tuttavia, è stato forse l'articolo 8 CEDU, riguardante al rispetto della vita privata e familiare a costituire la norma convenzionale maggiormente utilizzata in ricorsi indirettamente relativi a danni all'ambiente naturale, buona parte dei quali attinenti alla questione dell'inquinamento acustico¹⁴².

In secondo luogo, il diritto all'ambiente può essere utilmente inquadrato come appartenente ai diritti economici, sociali e culturali. Un esempio interessante è fornito dall'articolo 24 della Convenzione sui diritti dei bambini e degli adolescenti, che si riferisce esplicitamente all'accesso all'acqua potabile pulita e "alla tutela dai rischi dell'inquinamento". Occorre anche sottolineare che il Comitato delle Nazioni unite sui diritti economici, sociali e culturali interpreta il diritto alla salute come comprendente una vasta gamma di fattori socio-economici, comprese le condizioni alla base della conduzione di una vita sana, ed in particolare un ambiente naturale sano¹⁴³.

Infine, si può riconoscere l'esistenza di un diritto all'ambiente soddisfacente come diritto

¹³⁹ Inoltre, la Corte ha riconosciuto nell'obiettivo della tutela dell'ambiente una possibile giustificazione per la restrizione di determinati diritti garantiti dalla CEDU, come il diritto alla proprietà: v. *Pine Valley Developments Ltd e altri c. Irlanda*, sentenza del 29 novembre 1991, par. 57, ricorso ric. n. 12742/87, 29 novembre 1991, commentata in Consiglio d'Europa, *Manual on Human Rights and the Environment*, Strasburgo, 2006, pag. 43.

¹⁴⁰ V. caso 48939/08, sentenza del 18 giugno 2002.

¹⁴¹ V. *Anna Maria Guerra e altri 39 contro Italia*, caso 14967/89, sentenza del 19 febbraio 1998. Le conclusioni saranno tuttavia ribaltate in sede di esame di Great Chamber, in una decisione del 19 febbraio 1998, la quale conferma la giurisprudenza precedente della Corte per cui l'articolo 10 in generale riguarda esclusivamente la proibizione allo Stato parte di interferire nella capacità di una persona di ricevere informazioni che altri desiderano fornire. La giurisprudenza di Strasburgo si è inoltre interessata della questione della liceità della persecuzione per diffamazione per la disseminazione di informazioni ambientali.

¹⁴² V. *Lopez-Ostra c. Spagna* (1995), *Hatton e altri c. Regno Unito* (2003), *Kyrtatos c. Grecia* (2003) e *Gomez c. Spagna* (2004).

¹⁴³ UN doc. E/C.12/2000/4 del 2000. Similmente, l'articolo 11 del Protocollo sui diritti economici, sociali e culturali alla Convenzione americana sui diritti umani: Alan Boyle e Michael Anderson (a cura di), *Human Rights Approaches to Environmental Protection*, Oxford: Clarendon Press, 1996.

collettivo o solidale. Questa interpretazione sembra essersi fatta strada in particolare in riferimento di diritti dei popoli autoctoni. Illuminante a questo proposito è la Carta africana sui diritti dell'uomo e dei popoli, la quale, all'articolo 24, prevede un diritto dei popoli ad un ambiente 'complessivamente soddisfacente e favorevole al loro sviluppo'¹⁴⁴. Nel caso *Ogoniland*, la Commissione africana ha osservato che tale articolo impone un obbligo agli Stati parti di intraprendere misure ragionevoli al fine "di prevenire l'inquinamento ed il degrado ecologico, di promuovere la conservazione e di assicurare uno sviluppo ecologicamente sostenibile". Inoltre, nella medesima decisione, la Commissione ha imposto alla Nigeria di prevedere o almeno permettere lo svolgimento di missioni scientifiche indipendenti sulle situazioni ambientali a rischio e di richiedere e rendere pubblici gli studi di impatto ambientale e sociale in anticipo rispetto ad ogni maggiore sviluppo industriale. Il dispositivo della sentenza prevede inoltre una "completa pulizia delle terre e fiumi danneggiati dalle operazioni industriali del petrolio". Un ulteriore trattato sui diritti umani che positivizza chiaramente un diritto all'ambiente in quanto diritto collettivo è la Convenzione 169 dell'ILO del 1989 sui diritti dei popoli autoctoni e tribali: tale Convenzione prevede infatti un obbligo per gli Stati contraenti, al suo articolo 7.4, di intraprendere "misure, in cooperazione con i popoli interessati, al fine di proteggere e preservare l'ambiente dei territori in cui abitano". In sede di interpretazione di tale articolo, la Commissione inter-americana ha avuto modo di sottolineare che "development activities must be accompanied by appropriate and effective measures to ensure that they do not proceed at the expense of the fundamental rights of persons who may be affected, including indigenous communities and the environment upon which they depend for their physical, cultural and spiritual well-being"¹⁴⁵. Sempre basandosi sull'articolo 23 della Convenzione interamericana, la Commissione ha avuto modo di definire l'esistenza di un diritto alla partecipazione da parte dei popoli autoctoni nei processi decisionali relativi alle questioni ambientali, nell'ambito di un rapporto del 1997 sulla situazione dei diritti umani in Ecuador¹⁴⁶.

La sostanziale coincidenza tra norme previste allo stesso tempo dal diritto internazionale dell'ambiente e norme previste dai trattati sui diritti umani – ed in particolare in materia di diritti collettivi o di diritti economici, sociali e culturali - pone un evidente problema di coordinamento. Ad esempio, lo Stato che permette ai cittadini di bere acqua inquinata potrebbe essere ritenuto internazionalmente responsabile sia in base al diritto dei diritti umani che al diritto dell'ambiente¹⁴⁷. Tuttavia, sulla base di un'analisi esaustiva della giurisprudenza di

¹⁴⁴ V. comunicazione 155/96 (Social and economic rights action center/Center for economic and social rights c. Nigeria), caso ACHPR/COMM/A044/1; la decisione finale prevede in capo allo Stato il chiaro obbligo di prendere misure ragionevoli al fine di prevenire l'inquinamento ed il degrado ambientale, di promuovere la conservazione e di assicurare un ambiente ecologicamente sostenibile come l'uso di risorse naturali (paragrafo 52).

¹⁴⁵ V., ad esempio, il caso *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community c. Nicaragua* (2001), IACHR ser C, N. 20.

¹⁴⁶ OEA/Ser. L/V/II. 96 doc 10 rev. 1 1997 93.

¹⁴⁷ V. Caroline Dommen, "Claming environmental rights: some possibilities offered by the United Nations' Human Rights mechanisms", 11 *GeoIELR* 1998.

sistemi giudiziari e quasi-giudiziali per la tutela dei diritti umani relativa alla protezione dell'ambiente, Stephens arriva alla conclusione che sino ad oggi le norme a tutela dei diritti umani non hanno posto alcuna seria minaccia all'integrità del diritto internazionale dell'ambiente¹⁴⁸. Infine, da un punto di vista istituzionale, la dottrina ha sottolineato il ricorso all'analisi degli organi di supervisione previsti dal diritto dei diritti umani al fine di sviluppare organi similari di garanzia capaci in particolare di ricevere comunicazioni da parte di Stati parti, di individui o gruppi collettivi¹⁴⁹. Tale fatto si spiega a nostro avviso con l'origine comune di tali corpi comuni in ambito multilaterale, nonché la struttura simile degli obblighi istituiti dalle norme afferenti a questi due corpi giuridici, ad esempio l'obbligo di "due diligence" al fine di prevenire le violazioni di tali diritti, l'obbligo di assicurare lo svolgimento di inchieste in caso di violazioni, l'eventuale criminalizzazione degli individui responsabili e la previsione di una compensazione alle vittime.

4. Diritto dei diritti umani e dibattito regionalismo-universalismo

Resta da prendere in considerazione una diversa dimensione della frammentazione del diritto internazionale, quella relativa al suo sviluppo in senso regionalistico. Tale analisi ci permette di confrontare l'ipotesi di confrontarci con due critiche maggiori.

La prima, avanzata da Koskenniemi, vuole che lo sviluppo del diritto dei diritti umani, e la prioritizzazione di tale tematica nell'ambito del sistema delle Nazioni unite, sia teso in ultima istanza a favorire una posizione egemonica – particolarmente in sede di soluzione dei possibili contrasti nella realizzazione di diritti umani tra loro contrapposti - della "comunità epistemica" degli esperti in diritti umani, mentre il ruolo principale degli esperti dei diritti umani dovrebbe svolgersi al di fuori della sfera della decisione politica, soprattutto al fine di verificare che gli interessi delle categorie maggiormente escluse dalla partecipazione alla presa delle decisioni non siano lesi in maniera definitiva¹⁵⁰. In questo senso, *Laghmani* ha evidenziato come taluni Stati cerchino di strumentalizzare il diritto internazionale contemporaneo, e in particolare quello relativo ai diritti umani, al fine di universalizzare "la rationalité juridico-

¹⁴⁸ V. Tim Stephens, *International Courts and Environmental Governance*, 62 Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge: CUP, 2009, pag. 320.

¹⁴⁹ *Ivi*, pag. 116. L'accordo Nordamericano del 1993 sulla co-operazione in materia ambientale prevede esattamente un organo di controllo che ricalca il Comitato dei diritti umani.

¹⁵⁰ V. Martti Koskenniemi, "Human Rights Mainstreaming as a Project of Power", 5 febbraio 2006. V. Anche Martti Koskenniemi, *The Effect of Rights in Political Culture*, in Philip Alston (a cura di), *The European Union and Human Rights*, Oxford University Press, 1999, pagg. 99-116. Per l'autore, "The ability to speak a human rights language becomes a coveted carte blanche, an unsurpassed marker of legitimacy. If all institutions administer some kinds of benefits, and if all benefits may be characterised as the rights of those to whom the benefits are due, then fragmentation reaches its apogee as the institutional counterpart of human rights law's complete indeterminacy": cfr. Martti Koskenniemi e Päivi Leino, "Fragmentation of International Law? ...", *cit.*, pag. 570.

politique dominante”, cioè in definitiva, quella occidentale¹⁵¹. Al fine di confutare le tesi di “relativismo culturale” dei diritti umani, la considerazione che ci sembra debba sempre essere tenuta presente al fine di relativizzare tali critiche di egemonismo, è quella per la quale il diritto dei diritti umani pone certamente in essere delle situazioni giuridiche di soggettività internazionale dell’individuo, ma non fa venire meno l’importanza centrale dell’azione dello Stato, quale soggetto principale detentore di obblighi relativi alla tutela e promozione dei diritti individuali e collettivi.

La seconda critica si riferisce all’opinione di chi – come Walter - suggerisce che lo sviluppo progressivo del diritto dei diritti umani nell’ambito di organizzazioni inter-governative regionali si sia completamente sovrapposto alla promozione di standard internazionali sui diritti umani uniformemente applicabili, tanto da un punto di vista materiale che organico¹⁵². Una tale assunto si giustificerebbe con la preferenza di numerosi Stati a sviluppare strumenti regionali che meglio prenderebbero in considerazione le specificità culturali di gruppi omogenei di Stati¹⁵³, fenomeno che del resto si accompagna alla prassi relativa alla formulazione di generalissime riserve e/o dichiarazioni interpretative a convenzioni internazionali sulla base di specifiche considerazioni socio-culturali o religiose.

La questione del rapporto interpretativo tra trattati sui diritti umani sviluppati nell’ambito del sistema delle Nazioni unite e trattati regionali disciplinanti situazioni simili non va confuso tuttavia con il dibattito su universalità e relativismo dei diritti umani. La discussione su quest’ultima tematica è almeno contemporanea alla negoziazione del testo della Dichiarazione universale dei diritti umani; è noto come nel 1947 la Commissione delle Nazioni unite dei diritti umani, incaricata di redigere il testo, abbia preso in considerazione sia un contributo dell’American Anthropological Association, il quale si esprimeva in termini critici circa i rischi inerenti al riconoscimento di diritti universali della persona¹⁵⁴, sia una raccolta di opinioni sul rapporto tra diritti umani universali e relativismo culturale curata dall’UNESCO e comprendente gli scritti di personalità provenienti da varie regioni del mondo¹⁵⁵. Non si può negare del resto che questo tema – il quale è stato ampiamente trattato da una prospettiva filosofica, sociologica e persino antropologica¹⁵⁶ - abbia senz’altro un riscontro anche nella

¹⁵¹ V. Slim Laghmani, *Droit international et droit internes : vers un renouveau du jus gentium ?*, in Rafaa Ben Achour et Slim Laghmani (a cura di), *Colloque des 16-18 avril 1998...*, cit., pag. 41.

¹⁵² Cfr. Christian Walter, “Constitutionalising (inter)national Governance”, cit., pag. 201.

¹⁵³ Si consideri, ad esempio, la seguente riserva apposta dalla Mauritania alla CEDAW: “Having seen and examined the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, adopted by the United Nations General Assembly on 18 December 1979, have approved and do approve it in each and every one of its parts which are not contrary to Islamic Sharia and are in accordance with our Constitution”.

¹⁵⁴ Citato in Jack Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Ithaca, Cornell University Press, 1989.

¹⁵⁵ Compreso un originale contributo del Mahatma Gandhi: v. *Symposium on the Universality of Human Rights*, convened by the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation (UNESCO), Paris, 1947.

¹⁵⁶ Sulla tematica, v.si *inter alia*: David Duquette, *Universalism and Relativism in Human Rights*, in David A. Reidy e Mortimer N.S. Sellers, *Universal Human Rights: Moral Order in a Divided World*, Rowman, Lahman (US), 2007; Tatu

politica del diritto internazionale dei diritti umani¹⁵⁷. Tuttavia, da una prospettiva positivista, si può ritenere che la questione dell'universalità o relativismo dei diritti umani abbia trovato un punto fermo nell'adozione consensuale, nel 1993, della Dichiarazione conclusiva della Conferenza internazionale di Vienna sui diritti umani, attraverso la quale gli Stati partecipanti hanno affermato con chiarezza che la natura universale dei diritti umani è fuori questione:

All human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated. The international community must treat human rights globally in a fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis. While the significance of national and regional particularities and various historical, cultural and religious backgrounds must be borne in mind, it is the duty of States, regardless of their political, economic and cultural systems, to promote and protect all human rights and fundamental freedoms¹⁵⁸.

Rimane invece a nostro avviso tuttora centrale, e per alcuni aspetti irrisolto, il tema del rapporto tra convenzioni universali e internazionali sui diritti umani, o meglio della compatibilità di standard regionali sui diritti umani con quelli universali o viceversa. Emergono due profili a questo proposito. Da una parte, vi sono le questioni di ordine materiale relative al coordinamento tra norme previste in trattati universali sui diritti umani e in trattati regionali, le quali pur proponendosi di tutelare situazioni individuali analoghe sono formulate in modo diverso, o presentano un contenuto non perfettamente coincidente. In secondo luogo, si presentano le questioni di carattere più procedurale e relative all'esistenza di organi di garanzia potenzialmente in competizione fra di loro.

La più macroscopica illustrazione della questione si ha in presenza di strumenti regionali che esprimono più o meno esplicitamente considerazioni fondate su particolari aspetti economici, culturali o religiosi. La Carta africana sui diritti ed il benessere dei bambini e degli adolescenti¹⁵⁹ prevede accanto al riconoscimento di una lista di diritti, enuclei anche una serie di 'responsabilità' che devono essere assunte dai bambini è stata ritenuta difficilmente conciliabile con il dettato della Convenzione ONU¹⁶⁰. Un primo commento a questo proposito consiste nel fatto che entrambi i documenti sopra citati tendono ad assumere un approccio pragmatico e di prossimità rispetto alle peculiari situazioni locali, al fine di favorire 'progressivamente'

Inoue, "Human Rights and Asian Values", in Jean-Marc Coicaud, Micheal W. Doyle e Anne-Marie Gardner (a cura di.), *The Globalisation of Human Rights*, 2003; Ahmad S. Moussalli, *The Islamic Quest for Democracy, Pluralism and Human Rights*, 2001, pag. 28; Eibe Riedel, *Universality of Human Rights and Cultural Pluralism*, in C. Starck, *Constitutionalism, Universalism and Democracy – a Comparative Analysis*, 1999, pag. 25 e ss; Eibe Riedel, *International Law Shaping Constitutional Law – Realization of Economic, Social and Cultural Rights*, 105, I World Congress of the International Association of Constitutional Law, Santiago de Chile, 2004.

¹⁵⁷ Come può essere indicato, ad esempio, dalle attività di consulenza svolte dal Non-Aligned Movement Center for Human Rights and Cultural Diversity (NCHRCD) del Movimento dei Paesi non-allineati: v. l'ultimo rapporto della

¹⁵⁸ Si tratta del paragrafo 1 della Dichiarazione conclusiva, contenuta nel documento delle Nazioni unite A/CONF.157/23, 2 luglio 1993, par. 5.

¹⁵⁹ V. documenti dell'Unione africana CAB/LEG/24.9/49 (1990). Il testo è entrato in vigore il 29 novembre 1999.

¹⁶⁰ V. articolo 31 della Carta.

l'avvicinamento degli standard regionali a quelli universali¹⁶¹. Vi è una garanzia di interpretazione uniforme di questi ultimi, in quanto gli Stati parti alle diverse convenzioni internazionali vi aderiscono sulla base di una scelta sovrana, riconoscendo contestualmente la prerogativa di organi 'di controllo' indipendenti di esprimere delle raccomandazioni circa l'attuazione delle norme incluse in tali strumenti al livello nazionale sulla base della loro interpretazione – ritenuta autentica - di ciascun testo. In secondo luogo, generalmente gli strumenti regionali sui diritti umani contengono dei riferimenti testuali ad altri trattati sui diritti umani sviluppati in ambito internazionale, se non delle specifiche clausole di coordinamento. Per citare un esempio recente e significativo, nel 60° anniversario della Dichiarazione universale dei diritti umani si registra l'entrata in vigore della Carta araba dei diritti umani, la quale nel suo preambolo non manca di riaffermare i principi contenuti nella Carta delle Nazioni unite, la Dichiarazione universale dei diritti umani, nonché le norme contenute nel Patto internazionale sui diritti civili e politici e nel Patto sui diritti economici, sociali e culturali e la Dichiarazione del Cairo sui diritti umani nell'Islam. Tali riferimenti hanno portato le istanze giurisdizionali o quasi-giurisdizionali sui diritti umani ad operare rinvii estensivi alle attività di interpretazione degli organi di controllo sui diritti umani internazionali, e dunque all'instaurarsi di un "dialogo tra giudici"¹⁶². In uno studio comparato della giurisprudenza della Commissione inter-americana dei diritti umani e del Comitato dei diritti umani, Pinto ha messo in luce le specificità del sistema onusiano e di quello inter-americano come anche le forme di coordinamento inter-istituzionale sviluppate¹⁶³. Vi sono tuttavia esempi significativi relativi anche ad altri sistemi regionali. Anticipando alcuni elementi che costituiranno l'oggetto principale della trattazione della terza parte del presente lavoro, è noto infatti come la Carta africana sui diritti dell'uomo e dei popoli abbia istituito una Commissione che, nello svolgimento delle sue attività, può trarre "ispirazione" dalla Carta delle Nazioni unite, dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e da "altri strumenti adottati dalle Nazioni unite", così come da "provisions of various instruments adopted within the Specialised Agencies of the United Nations of which the Parties to the present Charter are members"¹⁶⁴.

Va interpretata anche alla luce di questi esempi la prassi relativa alla promozione da parte

¹⁶¹ E' significativo ad esempio che la Carta africana sui diritti ed il benessere del bambino preveda che: "[a]ny custom, tradition, cultural or religious practice that is inconsistent with the rights, duties and obligations contained in the present Charter shall to the extent of such inconsistency be discouraged". Similmente, la Carta araba sottolinea che La Carta peraltro sottolinea che: "Non saranno ammesse limitazioni o deroghe ai diritti umani fondamentali stabiliti o già in vigore in qualsiasi Stato Parte di questa Carta in forza di leggi, convenzioni o consuetudini, con il pretesto che la presente Carta non li riconosce o li riconosce in grado minore": cfr. articolo 3 (a).

¹⁶² Per una panoramica complessiva, v. il recente Dinah Shelton (a cura di), *Regional Protection of Human Rights*, Oxford, OUP, 2008.

¹⁶³ V. Monica Pinto, *Fragmentation or Unification among International Institutions: Human Rights Tribunals*, 31 *NYUJ.INT'L L.Pol* 1999.

¹⁶⁴ All'articolo 46 anche la Carta africana sui diritti ed il benessere dei bambini e degli adolescenti prevede che il relativo Comitato di esperti possa "trarre ispirazione" da numerose fonti, o meglio standard, internazionali relativi ai diritti umani.

di diverse istanze giurisdizionali o quasi giurisdizionali regionali o universali di iniziative di cooperazione, soprattutto al fine di operare forme di rinvio – ove possibile e quando e se ciò si dimostri utile – nell’interpretazione di norme simili a tutela dei diritti umani contenute in diversi strumenti internazionali. Queste brevi considerazioni giustificano la conclusione che i sistemi regionali di tutela dei diritti umani si “appoggiano” e risultano complementari in realtà alle attività svolte nell’ambito del sistema delle Nazioni unite tanto sulla base delle disposizioni della Carta delle Nazioni unite (come ad esempio le attività quasi-giurisdizionali del Consiglio dei diritti umani), quanto delle convenzioni internazionali sui diritti umani. Abbiamo desiderato richiamare qui quella componente ‘politica’ del sistema delle Nazioni unite per la tutela dei diritti umani prevista dalla Carta delle Nazioni unite per sottolineare come proprio in tale ambito si registrino sviluppi non trascurabili relativi alla riaffermazione dell’universalismo del diritto internazionale dei diritti umani e alla complementarità dei sistemi regionali rispetto alla “machinery” universale dei diritti umani. Al fine di introdurre tali sviluppi, occorre brevemente richiamare la nozione di controllo dell’osservanza da parte degli Stati di determinati obblighi internazionali come strumento particolarmente sviluppato nel diritto dei diritti umani rispetto al classico schema dell’invocazione della responsabilità internazionale e di soluzione delle controversie inter-statali¹⁶⁵.

La nostra propensione a vedere i sistemi regionali per la tutela dei diritti umani come ausiliari rispetto al sistema universale delle Nazioni unite si concilia con le conclusioni del Gruppo di studio della Commissione del diritto internazionale sulla frammentarietà, il quale ha optato per l’inclusione del fenomeno del regionalismo tra le cause della frammentazione, intendendo per regionalismo in primo luogo una ‘tecnica di produzione normativa’. Il Rapporto invita a considerare le ‘sfide del regionalismo’ piuttosto che in termini di eccezione alle norme universali, principalmente nel senso dell’attuazione e dell’applicazione del diritto internazionale in contesti geografici specifici. Secondo il Rapporto, pertanto, ‘anche’ la questione della relazione tra standard internazionali e standard regionali “would fall under the more general question of the relationship between general and special law, no different from the general problem of the applicability and limits of *lex specialis*”¹⁶⁶.

A nostro avviso, la prassi recente conferma il ruolo decisivo dei sistemi regionali di tutela dei diritti umani nello svolgere funzioni di produzione normativa in aree non disciplinate da strumenti internazionali sui diritti umani. Lo “standard setting” al livello regionale non

¹⁶⁵ V. Antonio Cassese, *Il controllo internazionale: contributo alla teoria delle funzioni di organizzazione dell’ordinamento internazionale*, Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza della Università di Pisa, Istituto di diritto internazionale D. Anzilotti, 1971. V. anche Jack Goldsmith e Eric Posner *The Limits of International Law*, Oxford: OUP, 2005, pag. 39. Harold H. Koh, *Why Do Nations Obey International Law?*, 3/106 *Yale Law Journal* 1997, pag. 260. Citato in Luigi Condorelli, *Colloqui de Lyon*, pag. 288.

¹⁶⁶ Cfr. Commissione di diritto internazionale, *Fragmentation of International Law...*, cit., par. 216. Su tale linea anche Andrew Hurrell, *Power, Principles and Prudence: Protecting Human Rights in a Deeply Divided World* in Tim Dunne e Nicholas J. Wheeler (a cura di.), *Human Rights in Global Politics*, Cambridge: CUP, 1999, pagg. 294-297.

riguarderebbe esclusivamente determinate problematiche culturalmente sensibili che un tempo sarebbero state ritenute l'oggetto di considerazione esclusiva da parte di specifici sistemi regionali, ma si concentrerebbero sulla copertura di vuoti normativi al livello internazionale¹⁶⁷. D'altro canto, si assiste ad una tendenza per cui situazioni inizialmente affrontate da un sistema di protezione dei diritti umani al livello regionale, divengono oggetto di considerazione anche da parte di organi universali. La questione delle mutilazioni genitali femminili, ad esempio, è stata ritenuta a lungo idonea ad essere affrontata preferibilmente nell'ambito dei soli sistemi regionali sui diritti umani, e pertanto da operatori prossimi a specifiche realtà socio-culturali; del resto, anche nel dibattito sulla rilevanza del principio di sussidiarietà nella tutela dei diritti umani, si è concordi sull'esigenza di privilegiare l'istanza giurisdizionale maggiormente prossima alla vittima o al ricorrente e che al tempo stesso risulti essere la più efficace nel caso di specie¹⁶⁸. Tuttavia, i massicci movimenti migratori contemporanei hanno fatto della questione delle mutilazioni genitali femminili un problema globale e quindi rilevante per l'attività di varie istanze regionali come di diversi Comitati onusiani¹⁶⁹: significativa, a questo proposito, la qualificazione di tale pratica da parte del Comitato dei diritti umani quale atto equivalente alla tortura¹⁷⁰.

In tal modo, il fatto che situazioni simili siano tutelate da più strumenti internazionali sui diritti umani e che di conseguenza esistano diversi meccanismi atti a monitorare il rispetto di tali norme e a considerarne l'eventuale violazione fa emergere la possibilità per un ricorrente, sia esso uno Stato, un individuo o altra entità eligibile, di individuare varie sedi per un ricorso giurisdizionale o quasi-giurisdizionale. La scelta di tale sede dipenderà da una molteplicità di fattori: anzitutto, si tenga presente che i diversi meccanismi di controllo prevedono criteri eterogenei di eligibilità dei ricorrenti; in secondo luogo, diversi meccanismi quasi-giurisdizionali o giurisdizionali prevedono l'accettabilità di un ricorso soltanto a patto che questo sia stato presentato entro un determinato arco di tempo successivamente alla pronuncia

¹⁶⁷ Ad esempio, si potrebbe richiamare come – dopo numerosi anni di discussione in seno al Gruppo di lavoro inter-governativo costituito in seno alla Commissione dei diritti umani delle Nazioni unite per l'attuazione “effettiva” della Dichiarazione e del Programma di azione di Durban sulla lotta al razzismo – non si sia manifestato l'accordo circa l'opportunità di procedere alla negoziazione di un progetto di Protocollo facoltativo alla Convenzione internazionale sull'eliminazione delle discriminazioni razziali relativo alla lotta di manifestazioni attraverso i sistemi informatici. A nostro avviso, sono da spiegare a fronte dell'insuccesso di un simile progetto di standard setting in ambito onusiano sia l'elaborazione del Protocollo addizionale alla Convenzione sul cybercrime del Consiglio d'Europa, relativa alla criminalizzazione di atti razzisti o xenofobici commessi attraverso i sistemi informatici, concluso e aperto alla ratifica degli Stati membri nel 2003, sia al tempo stesso l'istituzione di un Gruppo di lavoro inter-governativo nell'ambito del Comitato sulle questioni giuridiche e politiche del Consiglio permanente dell'Organizzazione degli Stati americani per la negoziazione di un progetto di Convenzione inter-americana contro il razzismo e tutte le forme di discriminazione ed intolleranza.

¹⁶⁸ V. ad esempio, Tullio Scovazzi, “Un intervento sul principio della sussidiarietà in materia di diritti dell'uomo”, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, Anno VII, gennaio-aprile 1994.

¹⁶⁹ V. “Female genital mutilation, asylum seekers and refugees: the need for an integrated European Union agenda”, 70 *Health Policy* 2004, pagg. 151 – 162.

¹⁷⁰ V. Osservazioni conclusive sul Lesotho (8 aprile 1999), par. 12 e sui Paesi Bassi (27 agosto 2000).

definitiva in ultimo grado secondo quanto previsto da ciascun ordinamento interno di riferimento. L'esaurimento dei ricorsi interni costituisce quindi un primo istituto importante – previsto dal diritto consuetudinario – per la disciplina dell'interazione tra sistemi giurisdizionali nazionali e sistemi internazionali anche nell'ambito della tutela dei diritti umani¹⁷¹.

Occorre allora domandarsi se sia opportuno o meno che il diritto internazionale dei diritti umani sviluppi adeguati strumenti procedurali al fine di limitare le conseguenze negative di un tale 'forum shopping' tra più meccanismi internazionali, aspetto questo che sarà analizzato ulteriormente nella terza parte della tesi¹⁷². In base alle precedenti considerazioni si ritiene dimostrato il legame intrinseco e la complementarietà dei regimi regionali per la protezione e promozione dei diritti umani rispetto al sistema universale, tanto da un punto di vista sostanziale quanto da una prospettiva procedurale.

¹⁷¹ Il sistema europeo prevede che non sia necessario esperire i ricorsi che non avrebbero alcuna probabilità di successo e che spetti allo Stato la dimostrazione che il ricorrente non abbia esaurito tutti i mezzi disponibili: v. Jost Delbrück, *The Exhaustion of Local Remedies Rule and the International Protection of Human Rights. A Plea for a Contextual Approach*, in *Des Menschen Recht zwischen Freiheit und Verantwortung: Festschrift für Karl Josef Partsch zum 75. Geburtstag*, Berlin, Duncker und Humblot, 1989, pagg 213-231; v. anche Augusto Cançado-Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, CUP, 1983.

¹⁷² E' condivisibile infatti la posizione di Louise Arbour, già Alta Commissaria delle Nazioni unite per i diritti umani, espresso in un intervento all'apertura dell'anno giudiziario 2008 della Corte europea dei diritti umani: "It think it correct in principle, let alone as a matter of prudential use of scarce international judicial resources and comity between international rights institutions, that plaintiffs should have an opportunity to litigate thoroughly a question of international human rights law before an international forum, rather than routinely engaging to different international fora on essentially the same legal issue": cfr. Address by Louise Arbour, UN High Commissioner for Human Rights – Opening of the Judicial Year 2008 of the European Court of Human Rights, Strasbourg – 25 January 2008. Fonte reperita su www.ohchr.org (ultimo accesso: 19 luglio 2008).

CONCLUSIONI DELLA PRIMA PARTE

La prima parte del presente lavoro ha visto dapprima una breve ricostruzione dello spazio dedicato al diritto internazionale dei diritti umani nel quadro del dibattito scientifico sulla costituzionalizzazione dell'ordine internazionale. Da tale ricognizione abbiamo ricavato la nozione di funzione costituzionale, la quale ha permesso di isolare due possibili obiettivi "costituzionali" del diritto dei diritti umani, pur nella constatazione che non vi sono attualmente sufficienti elementi a sostegno dell'esistenza di un'unica costituzione dell'ordine internazionale. Si tratta, da una parte, del controllo dell'esercizio del potere pubblico e, dall'altra, della funzione di orientamento e legittimazione dell'esercizio del potere pubblico.

Nel secondo capitolo si è desiderato problematizzare tale ipotesi discutendo tre critiche maggiori eventualmente capaci di invalidare una simile proposta già al livello teorico. Abbiamo preso in considerazione in primo luogo l'obiezione relativa all'esistenza di una discontinuità di fondo tra diritto internazionale dei diritti umani e ordinamenti interni. La trattazione della tematica ha evidenziato invece la difficoltà di analizzare lo sviluppo e l'attuazione del diritto dei diritti umani secondo lo schema classico del rapporto tra diritto internazionale e diritto interno come rapporto tra ordinamenti; pur constatando come l'adattamento degli ordinamenti nazionali al diritto dei diritti umani risponda ad un sistema dualista-pluralista, la prassi mostra l'emergere di un processo di osmosi tra ordinamenti il quale tende a sviluppare la progressiva accettazione a livello nazionale di standard internazionali uniformi sui diritti umani, in quanto monitorati da istanze sovranazionali ed universali, siano esse di carattere giurisdizionale o quasi-giurisdizionale. Ci sembra di poter confermare tale lettura anche alla luce del confronto della giurisprudenza recente delle Corti costituzionali italiana e tedesca relative a casi in cui le supreme corti si riservano in sostanza un "diritto all'ultima parola" circa un eventuale conflitto tra l'interpretazione di determinate norme interne e l'interpretazione di norme internazionali, quale ricavabile ad esempio da una sentenza CEDU. Abbiamo dimostrato come il ragionamento utilizzato da tali Corti non sia distante dallo schema interpretativo utilizzato da corti costituzionali in ordinamenti nazionali che tradizionalmente si sono mostrati maggiormente aperti al sistema CEDU. Abbiamo messo in luce l'incrementarsi di una cooperazione costruttiva tra supreme corti e organi internazionali di garanzia per la tutela dei diritti umani, eventualmente attraverso l'instaurarsi di un 'dialogo tra giudici' ed impostando in termini di rinvio mobile il rapporto tra diritto interno e diritto internazionale, e l'importanza di tale dinamica al fine di dare effettiva ed uniforme attuazione a norme spesso aventi contenuto astratto ai casi di specie,. Tale cooperazione trova costantemente una sua prosecuzione nell'adeguamento legislativo o di altre prassi amministrative.

In una seconda verifica, abbiamo criticato l'ipotesi per cui il diritto dei diritti umani costituisca una *lex specialis* e che il suo sviluppo contribuisca ad un processo in corso di frammentazione del diritto internazionale. Come meglio si vedrà nella seconda parte del presente lavoro, lo sviluppo del diritto dei diritti umani può invece essere inquadrato nel processo di estensione materiale del diritto internazionale, la sua crescente specializzazione, istituzionalizzazione e giurisdizionalizzazione. La prassi presa in considerazione ha dimostrato come la "sicurezza giuridica" internazionale non sia stata minacciata dalle istanze giurisdizionali sui diritti umani e che prevalga piuttosto un approccio quanto mai di prudenza o di 'riconciliazione' del diritto internazionale dei diritti umani con il tronco comune del diritto internazionale, sebbene permangano tensioni con particolare riferimento all'affermarsi di una gerarchizzazione di determinate norme internazionali. A seguito di un confronto del diritto dei diritti umani con altri regimi settoriali del diritto internazionale, abbiamo osservato come ad una osmosi, per così dire 'verticale', se ne potrebbe affiancare una in senso 'orizzontale': a prima vista il diritto internazionale dei diritti umani potrebbe sembrare un caso esemplare di settorializzazione e specializzazione regionale del diritto internazionale, ma questo, come si è visto, risulta essere inesatto. Piuttosto che di autonomizzazione rispetto al 'tronco comune del diritto internazionale', bisogna parlare piuttosto di una trasversalizzazione orizzontale dei diritti umani negli altri settori del diritto internazionale. Lo stato attuale del rapporto fra diritto dei diritti umani e diritto internazionale ci sembra bene descritto da Cassese come la 'graduale compenetrazione' di aree del diritto internazionale precedentemente autonome. Nello stesso ordine di considerazioni, Dupuy si interroga se non sia giunto il momento di ripensare allo studio e sistemazione di interi settori del diritto internazionale, quali quelli relativi allo sviluppo economico, la protezione dell'ambiente naturale, l'umanizzazione della condotta dei conflitti armati, il commercio internazionale, alla luce del riconoscimento dei diritti umani. L'autore opera un'illuminante distinzione fra la struttura e la finalità del diritto internazionale, e sostiene che mentre il diritto dei diritti umani abbia lasciato praticamente immutata la prima, esso abbia viceversa profondamente trasformato la seconda. Pertanto, la questione dell'unità dell'ordinamento internazionale non può essere correttamente affrontata e risolta se non riconoscendo preliminarmente la portata di tale mutamento radicale degli obiettivi del diritto internazionale. A questo proposito Dupuy si richiama all'opera di *Mirkine-Guetzévich*, il quale già un'ottantina di anni fa aveva individuato una tendenza, comune al diritto interno e al diritto internazionale, di "rationalisation du pouvoir", intendendo con questa espressione il riconoscimento dell'individuo come obiettivo supremo della norma giuridica¹.

¹ Il giurista francese si richiamava alle origini del *jus gentium* romano e citava il progetto di Dichiarazione dei diritti e dei doveri delle Nazioni, presentato nel 1912 da La Pradelle all'Institut de droit international: "Dans son projet, M. de La Pradelle affirmait que l'individu n'est pas seulement un sujet de droit international, mais que le but social du droit international c'est la défense des droits de l'homme"; cfr. Mirkine-Guetzévich, *Droit constitutionnel international*, Paris: Librairie du recueil Sirey, 1933, pagg. 192-193.

Infine, in terzo luogo, abbiamo confrontato la proposta di un ruolo ‘costituzionalizzatore’ del diritto dei diritti umani con il processo di regionalizzazione dei diritti umani. Rinviando alla terza parte del nostro lavoro la discussione del rapporto istituzionale tra sistema di tutela universale dei diritti umani e sistemi regionali, abbiamo preso in considerazione alcuni casi di possibile contrasto tra norme sui diritti umani contenute in uno strumento regionale con le norme disciplinanti simili situazioni e contenute in uno strumento universale. Tuttavia, in termini generali, abbiamo concluso che gli strumenti regionali sono redatti in modo da esplicitare determinate esigenze socio-culturali, pur senza escludere una compatibilità di fondo con la norma universale. Abbiamo anzi sottolineato la complementarità tra sistemi regionali e sistema universale, dando atto, ad esempio, della graduale specializzazione di produzione normativa dei sistemi regionali, i quali in determinati casi hanno dato origine ad iniziative di standard-setting nel campo dei diritti umani aperte a Stati non membri dell’Organizzazione.

In conclusione, risolta positivamente la verifica teorica proposta, possiamo procedere ad un confronto dell’ipotesi costituzionalistica con il dato reale e a valutare tanto da un punto di vista materiale ed istituzionale l’entità del “saut de qualité” - per utilizzare l’espressione di *Virally* - prodotto dal diritto dei diritti umani. Senza volere anticipare conclusioni alle quali giungeremo solo al termine del lavoro, ci sembra che l’arco del salto in questione potrebbe risultare compreso tra, da una parte, un innegabile aumento dell’ambito materiale di applicazione del diritto internazionale, e - dall’altra - la sua modifica strutturale, in fieri e in parte già avvenuta.

PARTE SECONDA
ASPETTI MATERIALI

CAPITOLO I DIRITTI UMANI E FONTI DEL DIRITTO INTERNAZIONALE

In questo capitolo ci proponiamo di verificare l'ipotesi della costituzionalizzazione dell'ordine internazionale da una prospettiva materiale. Analizzeremo dapprima il diritto convenzionale dei diritti umani, quindi quelle norme sui diritti umani che sono riprodottrici del diritto internazionale generale, e prenderemo infine in considerazione la questione della gerarchia delle fonti in relazione alle norme sui diritti umani, mettendo in evidenza la potenzialità di tali norme a creare ordini oggettivi finalizzati alla tutela di interessi comuni della comunità degli Stati parti a tali convenzioni e alla Comunità internazionale nel suo insieme, ossia allo svolgimento delle funzioni costituzionali rappresentate dal controllo e orientamento della governance. A differenza della dottrina prevalente, la quale nell'affrontare l'ipotesi di natura costituzionale del diritto dei diritti umani, identifica determinate tendenze nella prassi internazionale circa la verticalizzazione del sistema delle fonti ed il ruolo del diritto dei diritti umani nella gerarchia delle norme, la presente tesi affronta la questione della costituzionalizzazione internazionale attraverso il ricorso al concetto di funzioni costituzionali. Pertanto, l'obiettivo di questa parte seconda è quello di verificare – da un punto di vista materiale – l'efficacia del diritto dei diritti umani nel controllo e nell'orientamento della governance¹.

1. Diritti umani, diritto dei trattati e fenomeno dell'organizzazione internazionale

Possono essere citati in dottrina svariati esempi di analisi delle caratteristiche peculiari dei trattati sui diritti umani, con riferimento in particolare all'ambito giuridico di applicazione delle norme internazionali sui diritti umani, al regime delle riserve, all'interpretazione, alla successione degli Stati in relazione a tali trattati e alle modalità di attuazione delle norme internazionali sui diritti umani negli ordinamenti interni². L'obiettivo della presente sezione è quello di offrire una presentazione delle soluzioni adottate in materia di diritto dei trattati in relazione alle convenzioni sui diritti umani. Seppure tali soluzioni non necessariamente

¹ Seppure implicitamente, questo approccio è stato riconosciuto da Craven, in uno studio sul rapporto tra diritto dei diritti umani e diritto dei trattati. Craven osserva infatti che: "Human rights treaties do not only serve to place certain limits upon the nature and scope of governmental authority, but also contribute to the development of a justifiable basis for that authority": cfr. Matthew Craven, *Legal Differentiation and the Concept of Human Rights Treaty in International Law*, 11 *EJIL* 2000, pagg. 489-519.

² Si vedano, recentemente, gli atti del convegno "The Status of International Treaties on Human Rights", organizzato a Coimbra tra il 7 ed l'8 ottobre 2005 dalla Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa e l'Associazione internazionale di diritto costituzionale.

costituiscono delle eccezioni rispetto al regime generale del diritto dei trattati codificato nella Convenzione di Vienna del 1969³, esse presentano degli aspetti innovativi che si giustificano attraverso la peculiarità del diritto dei diritti umani, ed in primo luogo il fatto che siano gli individui i suoi principali beneficiari. In questo senso, riteniamo rilevante al fine dello studio del processo di costituzionalizzazione internazionale il fatto che l'ordinamento internazionale sostanzialmente permetta l'evoluzione di soluzioni, ad esempio in tema di interpretazione o di applicazione geografica, particolarmente orientate alla tutela degli interessi individuali. E' determinante per noi osservare che un numero rilevante di innovazioni del diritto dei diritti umani abbiano avuto origine nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e della Corte inter-americana o siano state sviluppate dai comitati onusiani di controllo delle principali convenzioni internazionali sui diritti umani.

In questo senso, è essenziale a nostro avviso non perdere di vista una peculiarità relativa alla formazione di tali trattati, ossia la loro negoziazione in seno a organizzazioni internazionali, siano esse universali (Nazioni unite) o regionali. Osserva Simma che un elemento che accomuna trattati universali e regionali sui diritti umani è il fatto che, nella fase di formazione, "the primary consideration [...] will be the acceptance of common obligations – keeping step with like-minded states"⁴. Della stessa opinione si era pronunciato Sir Gerald Fitzmaurice, il quale alla fine degli anni cinquanta del secolo scorso constatava il fatto che in genere gli Stati decidono di diventare Parti contraenti di determinate convenzioni sui diritti umani non tanto al fine di assicurare il rispetto vicendevole di determinate condizioni di trattamento degli individui da parte di più Stati, ma spinti dal desiderio di riaffermare la loro appartenenza alla comunità delle nazioni civili attraverso il riconoscimento e la promozione di determinati interessi collettivi dell'umanità⁵.

E' vero che il risultato di tali processi di negoziazione multilaterale, ad esempio un progetto di trattato elaborato da un gruppo di lavoro del Consiglio dei diritti umani delle Nazioni unite, indi approvato *per consenso* dal Consiglio ed infine aperto alla firma all'Assemblea generale, necessita comunque della ratifica dei singoli Stati per potere produrre alcun effetto giuridico. Anche dopo l'entrata in vigore del trattato, tuttavia, si manterrà in vita tutta una serie di collegamenti con le Nazioni unite che valgono a distinguere tali trattati dalla generalità degli impegni pattizi, come ad esempio il fatto che i comitati di esperti deputati a monitorare l'attuazione di tali convenzioni presentino annualmente un rapporto all'Assemblea generale e al Consiglio dei diritti umani, ed il fatto che l'analisi contenuta in tali documenti

³ V. Shabtai Rosenne, *Developments in the Law of Treaties 1945-1986*, 1989, pag. 73.

⁴ Cfr. Bruno Simma, *International Human Rights and General International Law : A Comparative Analysis, Collected courses of the Academy of European Law*, cit, pag 141.

⁵ Secondo rapporto sul diritto dei trattati, YILC 1957, vol. II, pag. 54. In Bruno Simma, *International Human Rights and General International*, cit., *ivi.*.

possa poi essere alla base di eventuali iniziative da parte del Segretario generale o di altri organi dell'Organizzazione.

In parte legata alla considerazione che precede, un'altra peculiarità di molti trattati sui diritti umani, che abbiamo già messo in luce nella prima parte e sulla quale torneremo quando nel prossimo capitolo ci occuperemo dei meccanismi di attuazione della responsabilità internazionale, è la logica di cooperazione nella progressiva realizzazione di standard uniformi di tutela e promozione dell'individuo. Tale logica 'cooperativa' del diritto dei diritti umani risulta evidente nella stessa formulazione 'generica' di un gran numero di norme relative alla protezione degli individui, o alla attuazione 'progressiva' di tali diritti⁶, le quali permettono tanto agli Stati parti di adattare gradualmente e secondo modalità autonome i rispettivi ordinamenti interni agli standard previsti a livello internazionale, e agli organi di controllo di far ricorso con una certa generosità alla dottrina dei margini di apprezzamento⁷.

Accanto a queste specificità del diritto convenzionale dei diritti umani, ve ne sono altre che vengono generalmente considerate esemplificative del carattere innovativo di tale corpo giuridico, ma che ad un esame più approfondito non risultano tali. E' stato argomentato ad esempio che una caratteristica del diritto dei diritti umani sia rappresentata dal fatto che essi prevedono dei diritti in capo agli individui: tuttavia, lo stesso si potrebbe dire di trattati di diritto internazionale umanitario e persino della Carta delle Nazioni unite, la quale prevede un diritto di petizione nei confronti del Trusteeship Council all'articolo 87. Ma soprattutto diffusa è l'affermazione per cui le situazioni giuridiche poste in essere dai trattati sui diritti umani, le quali vedono il riconoscimento di determinati diritti in capo agli individui, non possono essere condizionate dalla reciprocità tra Stati parti⁸. In base a questa considerazione, è stato affermato che i trattati sui diritti umani corrispondono alla categoria di trattati normativi (o *traités-loi*, distinti dai *traités contrat*). Una simile posizione concettuale si presta a valutazioni diverse. Da una parte è intuitivo che i diritti universali inerenti all'uomo riconosciuti nei trattati sui diritti umani, in quanto ad essi pre-esistenti e – secondo la felice espressione di de Frouville, "intangibili"⁹- non possano essere oggetto di reciproci vantaggi tra determinati Stati. Effettivamente le sette principali convenzioni internazionali sui diritti umani e le principali convenzioni regionali prevedono l'applicazione di norme relative al trattamento degli individui

⁶ L'esempio chiave, in questo senso, è dato dall'attuazione dei diritti economici, sociali e culturali.

⁷ Dottrina che ha riguardato soprattutto la Corte di Strasburgo e il Comitato dei diritti umani. V. si MacDonald, "The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", 1 *AEL* 1990, pagg. 95-161 e D. McGoldrick, *The Human Rights Committee – Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, 1991, pag. 161.

⁸ O meglio, secondo Craven, tale elemento caratterizzerebbe la maggior parte dei trattati sui diritti umani, sebbene non tutti. La Carta sociale europea del 1963 e la Convenzione internazionale sui diritti dei migranti e delle loro famiglie, ad esempio, condizionano esplicitamente il godimento di determinati diritti al possesso della nazionalità di uno degli Stati parti: v. Matthew Craven, "Concept of the Human Rights Treaty...", *cit.*, pag. 499.

⁹ Cfr. Olivier de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'Homme en droit international: régime conventionnel des droits de l'Homme et droit des traités*, Paris : Pedone, 2004.

posti sotto la giurisdizione dello Stato parte, a prescindere dalla nazionalità dei destinatari dei beneficiari di tali norme e dall'accettazione di simili obblighi da parte di altri Stati¹⁰. Dall'altra, non si può non constatare che i trattati sui diritti umani formulano al tempo stesso dei diritti e degli obblighi ben specifici in capo a ciascun contraente nei confronti di ciascuno degli altri Stati parti. Anche in un'ottica di politica del diritto vedremo nel capitolo successivo – dedicato a diritti umani e regime della responsabilità – come la dimensione 'contrattuale' dei trattati sui diritti umani resti centrale al fine di assicurare una efficace attuazione del diritto dei diritti umani. Almeno da un punto di vista formale è evidente che i trattati sui diritti umani prevedono rapporti giuridici sinallagmatici e manifestano delle caratteristiche che suggeriscono la loro sostanziale identità con un qualsiasi trattato internazionale¹¹. Tuttavia, occorre indagare ulteriormente i motivi che portano una parte della dottrina a mettere in risalto l'assenza di un regime contrattuale 'perfetto' nel diritto pattizio dei diritti umani. Tale tendenza è emersa a partire dagli anni '50, e più precisamente a seguito dell'affermazione da parte della Corte internazionale di giustizia nel parere consultivo reso nel 1951 in materia di *Riserve alla Convenzione contro il genocidio*:

In such a convention the contracting States do not have any interests of their own; they merely have, on and all, a common interest, namely the accomplishment of those high purposes which are the *raison d'être* of the convention. Consequently, in a convention of this type one cannot speak of individual advantages or disadvantages to States, or of the maintenance of a perfect contractual balance between rights and duties. The high ideals which inspired the Convention provide, by virtue of the common will of the parties, the foundation and measure of all its provisions¹².

Lo stesso approccio fu seguito una decina d'anni più tardi dalla Commissione europea sui diritti umani nella decisione sull'ammissibilità relativa al ricorso interstatale nel caso *Austria c. Italia* del 1960 (c.d. caso di Pfunders). In tale controversia l'Austria accusava l'Italia di violazione dell'articolo 6 della Convenzione, mentre l'Italia eccepiva che i fatti in relazione ai quali si basava il ricorso erano avvenuti prima dell'entrata in vigore per l'Austria della stessa CEDU. La Commissione rigettò l'eccezione di inammissibilità *ratione temporis* affermando che:

[t]he purpose of the High Contracting Parties in concluding the Convention was not to concede to each other reciprocal rights and obligations in pursuance of their individual

¹⁰ Come del resto riconosciuto dal Comitato dei diritti umani, il quale osserva che "The principle of inter-State reciprocity has no place, save perhaps in the limited context of reservations to declarations on the Committee's competence under Article 41": cfr. Human Rights Committee, General Comment 24 (52), Reservations to the ICCPR. U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6 (1994).1

¹¹ V. Bruno Simma, *International Human Rights and General International Law*, cit., pag. 201. . Altri aspetti dove la reciprocità gioca un ruolo eminente sono poi ovviamente quelli attinenti agli aspetti procedurali ed organizzativi, come ad esempio in materia di funzionamento della conferenza degli Stati parti o la designazione dei membri dei monitoring committees. Sul punto v. René Provost, *Reciprocity in human rights and humanitarian law*, 65 *BYIL* 1994, pag. 383

¹² V. Corte internazionale di giustizia, *Riserve alla Convenzione per la repressione e prevenzione del crimine di genocidio, parere consultivo del 28 maggio 1951*, ICJ Reports, 1951, par. 23.

national interest but to [...] establish a common public order of the free democracies of Europe with the object of safeguarding their common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law. [...] the obligations undertaken by the High Contracting Parties in the Convention are essentially of an objective character, being designed rather to protect the fundamental rights of individual human beings [...] than to create subjective and reciprocal rights for the High Contracting Parties themselves¹³.

La Corte inter-americana nel parere consultivo sugli *Effetti delle riserve alla Convenzione inter-americana dei diritti umani* del 1982, facendo specifico riferimento a questa decisione ha successivamente affermato che:

[...] modern human rights treaties in general, and the American Convention in particular, are not multilateral treaties of the traditional type concluded to accomplish the reciprocal exchange of rights for the mutual benefit of the contracting States. Their object and purpose is the protection of the basic rights of individual human beings irrespective of their nationality and all other contracting States. In concluding these human rights treaties, the State can be deemed to submit themselves to a legal order within which they, for the common good, assume various obligations, not in relation to other States, but towards all individuals, within their jurisdiction¹⁴.

Infine, la Corte europea dei diritti dell' uomo ha affermato nel caso *Irlanda c. Regno Unito* del 1981 che:

[...] unlike international treaties of the classic kind, the Convention comprises *more than* reciprocal engagements between contracting States. It creates, over and above a network of mutual, bilateral undertakings, objective obligations¹⁵.

Le quattro pronunce qui citate indicano tutte nei trattati sui diritti umani una categoria che innova sotto il profilo della reciprocità delle norme pattizie. Riassumendo, la Corte internazionale di giustizia, nel Parere consultivo sulle riserve, afferma l'assenza nei trattati dei diritti umani di un "bilanciamento contrattuale perfetto" tra i diritti e gli obblighi degli Stati parti. L'affermazione della Commissione europea nel caso *Pfunders* secondo la quale l'obiettivo speciale della CEDU è quello di 'dare vita ad un regime oggettivo', volto a proteggere i diritti fondamentali degli individui, trova uno sviluppo ulteriore nella pronuncia sopra citata della Corte inter-americana. Quest'ultima ritiene infatti che, nel concludere la Convenzione americana, gli Stati parti abbiano deciso di assumere determinati obblighi non tra di essi, ma 'nei confronti di tutti gli individui sotto la loro giurisdizione'. Tale approccio è accolto, ma anche affinato, dalla Corte di Strasburgo, la quale osserva che gli obblighi oggettivi di cui è parola si aggiungono, ma non si sostituiscono agli obblighi reciproci tra Stati parti.

Secondo Craven, per il quale il particolare regime di obblighi posti dai trattati sui diritti

¹³ V. 4 *Yearbook of the European Convention on Human Rights* 1961, pagg. 138-140.

¹⁴ The Effect of Reservations on the Entry Into Force of the American Convention on Human Rights (Arts. 74 and 75), Advisory Opinion OC-2/82, September 24, 1982, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A) No. 2 (1982).

¹⁵ Series A n° 25, par. 90.

umani costituisce il carattere saliente di tali trattati, sono ricavabili dalle posizioni sopra riportate tre tendenze relative all'interpretazione del rapporto tra trattati sui diritti umani e diritto dei trattati, le quali sono tuttora contemporaneamente presenti nella prassi internazionale. Il primo approccio mette in rilievo il fatto che, almeno sotto il profilo formale, i trattati sui diritti umani pongono diritti ed obblighi reciproci tra le Parti contraenti come il resto dei trattati: non è possibile negare la natura contrattuale dei trattati sui diritti umani, in particolare nel momento in cui prevedono procedure di ricorso inter-statale fondate sull'accettazione bilaterale di un'apposita clausola. Una seconda impostazione – che trova riscontro in particolare nella pronuncia sopra riportata della Corte inter-americana - vedrebbe invece il diritto convenzionale dei diritti umani costituire l'esempio di un nuovo diritto internazionale che riconosce negli individui gli unici beneficiari dei diritti previsti nei trattati: una volta che uno Stato abbia aderito a tali trattati, i diritti umani in essi riconosciuti appartengono 'perpetuamente' agli individui posti sotto la loro giurisdizione. In altre parole, le situazioni giuridiche originate dai trattati sui diritti umani riguarderebbero esclusivamente i rapporti tra Stati e loro cittadini. In base ad una terza concezione, suggerita dalla pronuncia della Commissione europea nel caso *Pfunders*, aderendo ai trattati sui diritti umani gli Stati assumerebbero degli obblighi riguardo non tanto a ciascuna delle altre Parti contraenti, bensì nei confronti dell'insieme degli Stati parti. Secondo tale visione, giocano un ruolo fondamentale quei meccanismi giurisdizionali o quasi-giurisdizionali deputati al controllo dell'esecuzione dei trattati di riferimento, i quali – pronunciandosi anche in ricorsi inter-statali - si propongono anzitutto di rafforzare la protezione dei determinati fini sociali all'interno della comunità degli Stati parti.

Occorre tuttavia osservare, con Simma, come l'assenza di "reciprocità materiale" non sia in realtà appannaggio esclusivo dei trattati sui diritti umani, risultando assente in un gran numero di trattati – come ad esempio nei trattati ineguali o nei trattati di pace. Inoltre, Simma rileva che, sebbene con l'adesione a trattati sui diritti umani gli Stati parti non acquisiscano benefici materiali, come nel caso degli altri trattati multilaterali, gli Stati parti si impegnino pur sempre all'attuazione di tali norme a tutela dei diritti di fronte a *tutti gli altri Stati parti*: ciascuno Stato parte, pertanto, ha un corrispettivo diritto affinché tutte le altre Parti contraenti attuino pienamente il trattato¹⁶. E' importante sottolineare come l'attitudine di dare vita a dei regimi obiettivi¹⁷ – su cui proponiamo di focalizzare la nostra analisi in questa sede – sia stata

¹⁶. Questo comunque non toglie, secondo Simma, che il diritto dei diritti umani, al di là della creazione di diritti e doveri reciproci tra le Parti non possa costituire anche un ordine obiettivo "in the sense of a framework of criteria and conditions to be applied, for instance, with regard to recognition of new States and governments, admission to international organisations or development assistance. Cfr. Bruno Simma, *International Human Rights and General International Law: A Comparative Analysis, Collected courses of the Academy of European Law*, cit., pag. 199.

¹⁷ Sul concetto di regime obiettivo applicato alla CEDU v. anche Francesco Francioni, "Customary International Law and the ECHR", *Italian Yearbook of International Law*, 2000, pag. 20; Karl Zemanek, *The Legal Foundations of the International System*, RdC 1997, pag. 267. Tale definizione di regime obiettivo non va confusa con quella individuata dal Rapporteur speciale della Commissione di diritto internazionale Waldock sul Progetto di articoli relative al diritto dei trattati, ed incentrata su trattati che prevedono diritti ed obblighi riferentisi ad uno specifico territorio.

riconosciuta a certi trattati in particolare in virtù della previsione di organi di controllo. Secondo Simma, il quale richiama nello specifico la posizione della Commissione europea nei casi *Pfunders e Temeltasch*, tale qualifica sarebbe strettamente dipendente dall'esistenza di un organismo in grado di pronunciarsi in termini definitivi sull'esatto contenuto delle norme¹⁸, e a questo proposito traccia una distinzione netta tra il sistema europeo, per cui non vi sarebbe difficoltà ad individuare nella Corte di Strasburgo una sorta di Corte costituzionale pan-europea, e il sistema dei diritti umani delle Nazioni unite, il quale invece non sarebbe ancora in grado di costituire un analogo regime obiettivo¹⁹. Nella trattazione delle pagine successive di alcune sotto-tematiche nel rapporto tra diritto dei trattati e diritto convenzionale dei diritti umani, e nello specifico i temi dell'interpretazione dei trattati sui diritti umani, delle riserve, della successione degli Stati in relazione a trattati sui diritti umani, alla denuncia di tali trattati e all'applicazione giuridica cercheremo viceversa di dimostrare come vi siano tendenze significative in tale direzione anche nell'ambito del sistema delle Nazioni unite.

1.1. Interpretazione

Il metodo dell'interpretazione teleologica, codificato nell'articolo 31, 1° comma della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, trova un particolare sviluppo nell'ambito dei trattati sui diritti umani. L'accentuazione di tale metodo interpretativo può determinare che altri elementi interpretativi contenuti nel medesimo articolo 31 della Convenzione di Vienna, quali la presa in considerazione di ogni accordo successivo tra le parti concernente l'interpretazione o applicazione del trattato, o di ogni altra norma rilevante di diritto internazionale applicabile tra le Parti, così come la prassi successiva vedano ridimensionata la loro importanza²⁰. Del resto, nei trattati sui diritti umani, l'interpretazione teleologica è ulteriormente rafforzata da un approccio interpretativo di tipo dinamico, conforme all'esigenza di tenere conto delle mutate esigenze e sensibilità. La Corte europea dei diritti umani, nel caso *Tyrer*, ha osservato che la CEDU è un "living instrument [...] which must be interpreted in the light of present-day conditions"²¹.

¹⁸ V. Joachim A. Frowein, *The European Convention on Human Rights as the Public Order of Europe*, cit., pagg. 267-358.

¹⁹ V. Bruno Simma, *International Human Rights and General International Law*, cit., pag.208.

²⁰ V. Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, II edition – 1984, pag.133. Sinclair cita l'esempio dell'interpretazione dell'articolo 6 della CEDU, nel caso *Golder*, nel quale la Corte avrebbe individuate in tale previsione non solo determinate garanzie nei procedimenti giudiziari, ma il diritto di avere accesso alla giustizia, il che sarebbe incompatibile con il significato "ordinario" della norma in specie. Sul punto v. Mark E. Villiger, *Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties in the Case-law of the European Court of Human Rights*, Jürgen Bröhmer [et alii.], *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte : Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag am 21. Januar 2005*, 2005.

²¹ Cfr. *Tyrer c. Regno Unito*, sentenza del 25 aprile 1978, Series A no. 26, pagg. 15-16, par. 31. Vi è evidentemente giurisprudenza successiva che insiste su questo stesso punto: *Soering* cit., par. 102; *Dudgeon c. Regno Unito*, sentenza del

Più recentemente, in vista dell'affermazione di poteri cautelari, non espressamente previsti nella Convenzione, la Corte ha affermato che:

The object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings require that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective, as part of the system of individual applications. In addition, any interpretation of the rights and freedoms guaranteed has to be consistent with “the general spirit of the Convention, an instrument designed to maintain and promote the ideals and values of a democratic society²²”

Il contributo degli organi di controllo previsti dai trattati sui diritti dell'uomo sembra andare anche oltre in materia di interpretazione autentica. In una prima versione del recente Commento generale n°33, relativo agli obblighi posti dal primo Protocollo opzionale al Patto sui diritti civili e politici il Comitato dei diritti umani sostiene che “the views of the Committee under the Optional Protocol, when a violation is found following a careful analysis of the communication, represent an authoritative determination of a body established under the Covenant itself as the *authentic interpreter of that instrument*²³”. Come già osservato sopra (v. parte prima, capitolo II.1.D), il Comitato giustifica lo svolgimento di un simile ruolo di interprete autentico del Patto osservando che “[i]n relation to the general body of jurisprudence generated by the Committee, it may be considered that it constitutes ‘subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation’ within the sense of article 31(3)(b) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, or, alternatively, the acquiescence of States parties in those determinations constitutes such practice. Rispetto a situazioni precedenti²⁴, occorre rilevare la quasi assenza di prese di posizione da parte degli Stati parti rispetto a questo commento generale. Inoltre nella sua risoluzione 9/8 del giugno 2009, il Consiglio dei diritti umani delle Nazioni unite unanimamente “riconosce il contributo importante dei comitati dei diritti umani nel promuovere

22 ottobre 1981n-, Series A no. 45; X, *Y e Z c. Regno Unito*, sentenza del 22 aprile 1997, *Reports* 1997-II; *V. c. Regno Unito*, [sentenza della Great Chamber], ricorso 24888/94, par. 72; *Matthews c. Regno Unito* [sentenza della Great Chamber], ricorso 24833/94, par. 39, ECHR 1999-I. Per un commento; v. Heribert Golsong, *Interpreting the European Convention on Human Rights beyond the confines of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, in R.St.J. Macdonald, F. Matscher e H. Petzold (a cura di), *The European system for the protection of human rights*, 1993. Il ricorso a tali metodi interpretativi ha naturalmente sollevato scetticismo e proteste. In una nota opinione separata relativa al caso *Tyrer* di fronte alla Corte europea, ad esempio, Fitzmaurice ha sostenuto: “I have no quarrel with the view that the European Convention, like virtually all so-called ‘law-making’ treaties – has a constitutional aspect [...]. But I find it impossible to accept the implied suggestion that because the Convention has a constitutional aspect, the ordinary rules of treaty interpretation can be ignored or brushed aside in the interests of promoting objects and purposes not originally intended by the parties”.

²² Cfr. *Mamatkulov e Askarov c. Turchia*, ricorsi 46827/99 e 46951/99, sentenza del 4 febbraio 2005, ed ulteriori riferimenti a *Soering*, cit., pag. 34, par. 87.

²³ Cfr. Human Rights Committee, Ninety-fourth session (Geneva, 13-31 October 2008), Draft General Comment No 33, *The Obligations of States Parties under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*. Corsivo aggiunto.

²⁴ V. la contestazione, da parte degli Stati parti al Patto sui diritti civili e politici al commento generale relativo alla natura extra-territoriale dei diritti sanciti nel Patto sui diritti civili e politici: summary records of the HRC, CCPR/C/SR.2380, 27 luglio 2006, par. 8.

(furthering) l'effettiva attuazione dei trattati sui diritti umani e l'interpretazione dei diritti in essi contenuti²⁵. A questo proposito, Gaja ritiene che sarebbe incoerente per un trattato, come la Convenzione europea sui diritti dell'uomo o come il Patto sui diritti civili e politici, prevedere – da un lato – un sistema di controllo del rispetto degli obblighi che ne derivano ed escludere, dall'altro lato, che quanto esprimono gli organi internazionali di controllo abbia peso nell'interpretazione delle norme che pongono questi obblighi²⁶. Tali considerazioni sembrano temperare l'affermazione di Simma, il quale ritiene che, in assenza di una Corte mondiale sui diritti umani²⁷, la quale possa pronunciarsi in senso vincolante e definitivo sul significato delle convenzioni internazionali, l'interpretazione di una determinata norma convenzionale datane da una corte o da un comitato di controllo, non può mai dissociarsi totalmente da certe linee guida interpretative date dagli Stati in questione²⁸. La sostanziale acquiescenza degli Stati parti sembra giustificare appieno il ruolo di interprete autorevole assunto da organi quasi-giurisdizionali sui diritti umani. In questo senso, il diritto dei diritti umani non solo vede crescere la sua 'funzione pedagogica' nei confronti degli ordinamenti nazionali, ma contribuisce anche allo sviluppo complessivo del diritto internazionale, nel momento in cui favorisce il moltiplicarsi di organi di natura giurisdizionale o quasi-giurisdizionale capaci di assicurare l'interpretazione uniforme di tale diritto.

²⁵ Par. 1 della risoluzione. La precedente risoluzione sulla medesima tematica, adottata dalla Commissione dei diritti umani delle Nazioni unite, n° 2004/78, adottata per consenso il 21 aprile 2004, prevedeva in questo proposito, al paragrafo 8: "acknowledges the important contribution of the Treaty Bodies towards furthering the interpretation of the rights contained in the human rights treaties and, in this regard, takes note of the practice of elaborating general comments".

²⁶ V. Giorgio Gaja, L'esecuzione del Patto sui diritti civili e politici nella giurisprudenza italiana, in Sergio Marchisio e Fabio Raspadori, L'Italia e i diritti umani, Padova: CEDAM, 1995, pag. 131.

²⁷ Del resto, non ha nemmeno avuto successo la proposta di unificazione dei vari Comitato di monitoraggio in un unico Treaty body, la quale pure figurava nel quadro della riforma del sistema delle Nazioni unite sui diritti umani del 2005: sul punto v. Craig Scott, *Toward the Institutional Integration of the Core Human Rights Treaties*, Isfahan Merali e Valerie Oosterveld (a cura di), *Giving Meaning to Economic, Social and Cultural Rights*, University of Pennsylvania Press, 2001

²⁸ Bruno Simma, *International Human Rights and General International Law : A Comparative Analysis, Collected courses of the Academy of European Law, cit.*,

1.2. Regime delle riserve

A nostro avviso, va letto nella medesima direzione anche un secondo esempio, relativo al regime delle riserve²⁹. Il gran numero di riserve formulate dagli Stati a trattati sui diritti umani³⁰ si spiega usualmente con l'opportunità (politica) di permettere al maggior numero possibile di Stati di partecipare ad un determinato trattato, in modo da facilitare una sua tempestiva entrata in vigore³¹.

Le riserve formulate nei confronti di trattati sui diritti umani all'atto della ratifica, accessione o successione ad un trattato³² sono principalmente raggruppabili in due ampie categorie: riserve a norme che creano diritti sostanziali e riserve a norme che creano diritti strumentali in capo agli individui, come quelle volte a delineare il ruolo degli organi responsabili del controllo dell'attuazione del trattato a livello internazionale o nazionale³³. Relativamente alla prima categoria, possono essere individuate anzitutto riserve attraverso le quali lo Stato in questione riconosce un determinato diritto a patto che l'interpretazione del suo contenuto non si discosti da quella data al medesimo diritto costituzionalmente previsto dall'ordinamento interno, oppure solo se tale diritto risulti compatibile con le norme nazionali³⁴.

²⁹ E' difficile tracciare una distinzione netta tra riserva e dichiarazione interpretativa. Secondo il Dipartimento di Stato statunitense: "the one may gradually shade into the other and it becomes a matter for the parties themselves to decide...[t]he label is not conclusive. The other party or parties to a treaty may view as a reservation what we have called an understanding, or viceversa. Per una discussione generale, v. Ryan Goodman, "Human rights treaties, invalid reservations, and state consent", 96/3 AJIL 2002, pagg. 531-560; Yogesh Tyagi, "The conflict of law and policy on reservations to human rights treaties", 71 British year book of international law 2000; vol. 71, pagg. 181-258; Christine Chinkin, *Human rights as general norms and a state's right to opt out : reservations and objections to human right conventions*, B.I.I.C.L., 1997; William A. Schabas, "Reservations to human rights treaties : time for innovation and reform", 32 *The Canadian yearbook of international law* 1995, pagg. 39-80; Manuel Rama-Montaldo, *Human rights conventions and reservations to treaties*, Héctor Gros Espiell *amicorum liber*; vol. 2, 1997; Jan Klabbers, *On Human Rights Treaties, Contractual Conceptions and Reservations*, in Ineta Ziemele (a cura di), *Reservations to Human Rights Treaties and the Vienna Convention Regime : Conflict, Harmony or Reconciliation*, Leiden, M. Nijhoff, 2004; Anja Seibert-Fohr, *The Potentials of the Vienna Convention on the Law of Treaties with respect to Reservations to Human Rights Treaties*, in Ineta Ziemele (a cura di), *Reservations to Human Rights Treaties*, cit.; Ryan Goodman, *Human Rights Treaties, Invalid Reservations, and State Consent*, in Michael K. Addo, *International Law of Human Rights*, Dartmouth, Ashgate, 2006.

³⁰ Vedere in proposito la griglia contenuta nel working paper preparatory to the submission of the expanded working paper by Françoise Hampson submitted in accordance with the Sub-Commission decision 2002/17, contenuto nel documento delle Nazioni unite E/CN.4/Sub.2/2002/34, dell'8 agosto 2002.

³¹ V. Bruno Simma, *International Human Rights and General International Law: A Comparative Analysis*, cit., pag. 176. Simma cita Coccia, "Reservations to Multilateral Treaties on Human Rights", 15 *California Western International Law Journal* 1985/86

³² Un caso a parte è infine rappresentato dalla prassi sulle riserve tardive: v. Ed Bates, "Avoiding Legal Obligations Created by Human Rights Treaties", 57 *ICLQ* 2008,, pagg. 772-773.

³³ V. Silvia Borelli, cit., pag. 777.

³⁴ Un noto esempio in questo senso è offerto dalle riserve formulate dagli Stati Uniti al momento della ratifica del Patto internazionale sui diritti civili e politici. Tali riserve prevedono che l'articolo 20 non imponga alcuna condotta agli Stati Uniti che miri a restringere il diritto alla libertà di espressione e di associazione tutelati costituzionalmente; che gli Stati Uniti si ritengano vincolati dall'articolo 7 nella misura in cui il contenuto di tale articolo non si discosti da quelli previsti costituzionalmente. Riteniamo questo tipo di riserve inaccettabili, sulla base in particolare del dettato dell'articolo 27 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

Un'altra situazione può verificarsi nel caso in cui sia necessario provvedere alla modifica dell'ordinamento nazionale o – al fine di permettere la piena attuazione dello strumento internazionale, anche attraverso l'istituzione di politiche appropriate - si debbano identificare delle risorse economiche necessarie alla piena attuazione di tali obblighi. In tale caso, si presume che la riserva verrà ritirata non appena le modifiche ritenute necessarie per adeguare l'ordinamento interno agli obblighi internazionali discendenti dalla partecipazione al trattato, o non appena lo Stato dichiarerà di essere in grado – da un punto di vista materiale – di applicare gli obblighi assunti con la ratifica o accessione a tali strumenti. Per tale ragione Simma ritiene che in linea di principio non vi sia incompatibilità tra l'impegno degli Stati ad attuare i diritti umani e la formulazione di quest' ultimo tipo di riserve³⁵. Un discorso diverso va fatto evidentemente per l'ipotesi in cui uno Stato formuli simili riserve, invocando un'incompatibilità di fondo tra specifiche previsioni contenute nel trattato ed il proprio ordinamento interno. L'esempio addotto in questi casi è costituito dalle numerose dichiarazioni formulate da alcuni Stati islamici i quali si riservano la possibilità di non applicare determinate norme nei trattati nella misura in cui configgano con la Shari'a, le quali sono da ritenersi inaccettabili in quanto contrastanti con l'oggetto e lo scopo dei trattati sui diritti umani³⁶. Prima di procedere all' analisi della materia, è bene precisare che numerosi trattati sui diritti umani prevedono norme primarie specifiche circa il regime applicabile in materia di riserve. La CEDU prevede ad esempio all'articolo 57 che:

1. Ogni Stato, al momento della firma della presente Convenzione o del deposito del suo strumento di ratifica, può formulare una riserva riguardo ad una particolare disposizione della Convenzione, nella misura in cui una legge in quel momento in vigore sul suo territorio non sia conforme a tale disposizione. Le riserve di carattere generale non sono autorizzate ai termini del presente articolo.

2. Ogni riserva emessa in conformità al presente articolo comporta un breve esposto della legge in questione³⁷.

Altre convenzioni, come quella delle Nazioni unite sui diritti dei bambini e degli adolescenti e quella delle Nazioni unite contro le discriminazioni nei confronti della donna, si limitano invece a confermare la norma consuetudinaria già codificata nella Convenzione di

³⁵ Tale è del resto l'opinione del Comitato dei diritti umani nel commento generale 24, al paragrafo 4.

³⁶ Sarebbe tuttavia fuorviante sostenere che questo tipo di riserve riguardino esclusivamente Stati non occidentali. E' noto come gli Stati Uniti d'America abbiano apposto una riserva all'articolo 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici al fine di allineare la definizione e qualificazione di "trattamenti crudeli, inumani o degradanti" a quelle situazioni definite nel quinto, ottavo e quattordicesimo emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti. Per ulteriori esempi relativi a Stati Uniti, ma anche Francia e Germania, v. Bruno Simma, *International Human Rights and General...*, pag. 179 e ss. Alternativamente, vedasi la riserva formulata dal Kuwait: Caso della "dichiarazione interpretativa" formulata dal Kuwait relativamente all'articolo 2, paragrafo 1, del Patto internazionale sui diritti civili e politici, per cui "although the Government of Kuwait endorses the worthy principles embodied in these two articles as consistent with the provisions of the Kuwait Constitution in general and of its article 29 in particular, the rights of which the articles refer must be exercised within the limits set by Kuwaiti law".

³⁷ V. Sapienza, "Sull'ammissibilità di riserve all'accettazione della competenza della Commissione europea sui diritti dell'uomo", *RDI* 1987, pag. 641.

Vienna, per cui riserve contrarie all'oggetto e allo scopo del trattato non sono permesse³⁸. Il secondo Protocollo facoltativo al Patto sui diritti civili e politici restringe la possibilità di formulazione di riserve oltre che in senso temporale (in linea con la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati), anche in senso sostanziale (l'oggetto della riserva può eventualmente fare riferimento solo all'applicazione della pena di morte relativamente alla criminalizzazione dei reati militari più gravi commessi in tempo di guerra). La Convenzione sulla discriminazione razziale prevede inoltre che una riserva debba essere considerata inammissibile qualora costituisca l'oggetto di obiezione da parte di almeno due terzi degli Stati parti³⁹. Il processo di standard setting più recente, ossia quello relativo alla negoziazione di un Protocollo addizionale al Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, è eloquente a questo proposito. L'ultimo rapporto del Gruppo di lavoro ad hoc del Consiglio dei diritti umani che ha adottato in prima lettura nel luglio 2007 il progetto di Protocollo registra ad esempio la chiara presa di posizione della Federazione Russa, per cui:posizione della Russia per cui:

As an integral part of the system of international law, the protocol would allow States parties to make reservations compatible with the object and purpose of the treaty. The Committee would not have the competence to assess such compatibility, but should rather focus on effectively fulfilling its new role in cooperation with States parties⁴⁰.

La prassi attuale in materia di trattamento delle riserve, o meglio della valutazione della loro validità, è regolato dagli articoli 19-21 della Convenzione di Vienna. La regola di base prevede l'inammissibilità di riserve contrarie all'oggetto e allo scopo di un trattato, e rimette a ciascuno Stato parte la facoltà di obiettare alla formulazione di riserve apposte da altri Stati e che il primo ritenga inammissibili. In tal caso il trattato non entra in vigore tra lo Stato Parte che ha formulato la riserva e quello che vi si è opposto, a meno che quest'ultimo non dichiari, che la sua obiezione non avrà questo effetto (articolo 21 della Convenzione)⁴¹. L'assenza di obiezione entro 90 giorni dalla notifica equivale ad accettazione della riserva stessa.

Stante la fondamentale libertà di ciascuno Stato di comportarsi come meglio crede in materia di riserve e di relative obiezioni, risulta difficile apprezzare appieno la prassi

³⁸ Si tratta, rispettivamente, degli articoli 51.2 e 28.2. In letteratura, v. si Clark, "The Vienna Convention Reservation Regime and the Convention on Discrimination against Women", *AJIL* 1991 e William Schabas, "Reservations to the Convention on All Forms of Discrimination against Women and the Convention on the Rights of the Child", in *William and Mary Journal of Women and the Law*, 1997.

³⁹ Si tratta dell'articolo 20.3. Per un commento, v. Antonio Cassese, *A New Reservation Clause: Article 20 of the United Nations Conventions on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, 1968, pag. 266.

⁴⁰ V. Report of the Open-ended Working Group on an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights on its fifth session (Geneva, 4-8 February and 31 March-4 April 2008), del 6 maggio 2008, contenuto nel documento delle Nazioni unite A/HRC/8/7, par. 219. Il testo finale del Protocollo facoltativo non prevede alcuna norma relative alla formulazione di riserve o dichiarazioni interpretative.

⁴¹ Per la prassi osservata dal Segretario generale quale depositario dei trattati promossi dalle Nazioni unite, cfr. *Summary of Practice of the Secretary-General as Depository of Multilateral Treaties*, preparato dalla Sezione "trattati" dell'Ufficio affari giuridici delle Nazioni unite: parr. 205 e 206.

contemporanea. Una parte della dottrina ha lamentato un suo utilizzo in generale troppo scarso dello strumento delle obiezioni, e motivato esclusivamente da valutazioni politiche⁴². In realtà, la prassi, soprattutto recente, ha visto un gran numero di Stati inviare al depositario di convenzioni multilaterali sui diritti umani note verbali in reazione alle formulazioni da altri Stati parti di riserve ritenute contrarie all'oggetto e allo scopo del trattato. E' pur vero, tuttavia, che solo raramente lo Stato obiettante esplicita che la riserva costituisce un ostacolo all'entrata in vigore della Convenzione tra le due parti. L'opzione apparentemente incongrua di una obiezione alla riserva che non impedisce l'entrata in vigore del trattato fra le Parti, opzione peraltro come si è visto consapevolmente voluta dalla Convenzione di Vienna, presenta tuttavia il vantaggio di permettere sì allo Stato obiettante di reagire alla formulazione di riserve o dichiarazioni interpretative ritenute inammissibili ma di non privarsi della possibilità di instaurare un dialogo con lo Stato in questione, al fine di ottenere maggiori informazioni sulle ragioni sottostanti alla formulazione di una simile riserva e di cercare di dare alla riserva un significato che possa comunque conciliarsi con l'oggetto e lo scopo del trattato⁴³.

Ci sono peraltro segnali che sembrano preludere ad un maggiore rigore nella prassi delle riserve e delle relative obiezioni. Per ovviare alla relativa "anarchia" in materia, e nel caso dell'Unione europea per riaffermare un proprio ruolo nella conduzione delle relazioni esterne, il Consiglio d'Europa e l'Unione europea hanno introdotto specifiche politiche di monitoraggio della formulazione di riserve e dichiarazioni interpretative a trattati multilaterali da essi promossi, e prevedono delle procedure di coordinamento per la formulazione di eventuali obiezioni al depositario⁴⁴. Ciò che è particolarmente interessante in questi contesti è il fatto che la decisione di avanzare un'obiezione ad una riserva formulata da un determinato Paese venga presa in un contesto istituzionale, imponendo così agli Stati membri di tali organizzazioni di prestare estrema attenzione alla loro propria condotta in materia di formulazione di riserve e dichiarazioni interpretative.

⁴² "One might almost say that there is a collusion to allow penetrating and disturbing reservations to go unchallenged", ha osservato Rosalyn Higgins, "The United Nations: Still a Force for Peace", 52 *Modern Law Review* 1989, pag. 12. V. anche Silvia Borelli, *Le riserve ai trattati sui diritti umani*, in Laura Pineschi (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Giuffrè:Milano, pag. 796.

⁴³ Un esempio di tali obiezioni è rappresentato dalla seguente nota verbale del governo austriaco successiva alla formulazione da parte dell'Arabia Saudita di una riserva a CEDAW: "Given the general character of these reservations a final assessment as to their admissibility under international law cannot be made without further clarification. Until the scope of the legal affects of these reservations is sufficiently specified by the Government of Saudi Arabia, Austria considers the reservation as not affecting any provision the implementation of which is essential to fulfilling the object and purpose of the Convention. In Austria's view, however, the reservations in question are inadmissible to the extent as its application negatively affects the compliance by Saudi Arabia with its obligations under the Convention essential for the fulfilment of its object and purpose. Austria does not consider the reservation made by the Government of Saudi Arabia as admissible unless the Government of Saudi Arabia, by providing additional information or through subsequent practice, ensures that the reservation is compatible with the provisions essential for the implementation of the object and purpose of the Convention. This view by Austria would not preclude the entry into force in its entirety of the Convention between Saudi Arabia and Austria".

⁴⁴ V. Frank Hoffmeister, *The contribution of EU practice to international law*, in Marise Cremona, *Developments in EU external relations law*, *Collected Courses of the Academy of European Law*, XVII/1, Oxford: OUP, 2008.

Occorre poi sottolineare che le istanze giurisdizionali o quasi-giurisdizionali deputate al controllo dell'attuazione dei trattati sui diritti umani hanno sviluppato una prassi alternativa in materia di trattamento delle riserve, affermando una propria competenza a valutare l'ammissibilità o meno di una determinata riserva. La prassi ha avuto origine dalla Commissione europea, nel caso *Temeltasch c. Svizzera*⁴⁵ ed è stata successivamente fatta propria anche dalla Corte europea nell'affare *Belilos c. Svizzera*⁴⁶. In quest'ultimo caso, in particolare, sostenendo che una dichiarazione apposta dalla Svizzera relativamente all'applicazione dell'articolo 6 costituiva in realtà una riserva di carattere generale e non conteneva invece una breve ricognizione del diritto applicabile, come previsto dall'articolo 57 della Convenzione, sopra citato e come sosteneva il Governo svizzero, la Corte arrivò ad affermare che la dichiarazione in questione doveva essere considerata invalida, e che la Svizzera restava vincolata alla Convenzione nella sua interezza⁴⁷.

Un simile approccio, teso ad assumere che l'invalidità della riserva non comprometta il consenso dello Stato a divenire parte del trattato in specie, è stato seguito dai comitati istituiti dalle principali convenzioni internazionali sui diritti umani. La questione del trattamento da parte dei comitati delle riserve, inizialmente estremamente variabile, è diventata oggetto di coordinamento tra i singoli comitati, ed in particolare di uno specifico gruppo di lavoro composto da rappresentanti dei diversi comitati. Nel rapporto più recente di questo gruppo di lavoro, relativo ad un incontro avvenuto nel dicembre 2006, l'attenzione si è concentrata sulle conseguenze della dichiarazione di invalidità di una riserva. L'opinione condivisa dai rappresentanti dei comitati è che, se una riserva viene dichiarata non apposta e priva di effetti, "a State will not be able to rely on such a reservation and, unless its contrary intention is incontrovertibly established, will remain a party to the treaty without the benefit of the reservation"⁴⁸.

⁴⁵ Caso 9116/80, decisione del 5 maggio 1982, cui seguì il noto caso *Belilos c. Svizzera* (caso 10328, sentenza della Corte di Strasburgo del 29 aprile 1988). Ampia la letteratura in questione: tra gli altri, v. Imbert, "Reservations to the European Convention on Human Rights before the Strasbourg Commission: The *Temeltasch* Case", 33 ICLQ 1984; Bourignon, "The *Belilos* Case: New Light on Reservations to Multilateral Treaties", 29 Va. J.Int'l Law 1988-99; Jochein A. Frowein, Reservations to the European Convention on Human Rights, in Matscher e Petzold, *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in Honour of Gérard J. Wiarda*, Colonia, 1990; Carlo Focarelli, Sulle riserve all'accettazione della competenza della Corte europea: la sentenza della Corte *Loizidou*, *RDI* 1995; Akermark, Reservation Clauses in Treaties Concluded within the Council of Europe, *ICLQ* 1999.

⁴⁶ *Belilos c. Svizzera*, sentenza del 29 marzo 1988, Serie A, n.132.

⁴⁷ Paragrafo 60. Corsivo aggiunto. La Corte ha seguito un'impostazione analoga nel caso *Loizidou* relativamente a dichiarazioni tese a limitare la giurisdizione dell'operato della Corte stessa. IN quest'ultimo caso, la Corte ha infatti sostenuto che "the impugned restrictions can be separated from the remainder of the text leaving intact the acceptance of the optional clauses.[...] It follows that the declarations [...] under articles 25 and 46 contain valid acceptances of the competence of the Commission and Court": cfr. *Loizidou c. Turchia*, par. 75. Roslyn Moloney, "Incompatible Reservations to Human Rights Treaties: Severability and the Problem of State Consent", *5/1 Melbourne Journal of International Law* 2004; pagg. 155-168.

⁴⁸ The most remarkable change relates [...] the consequences of the formulation of an invalid reservation has for the convention obligation of the author of the reservation. The previous text placed the emphasis on the intention of the State "at the time it enters its reservation", an intention which must be determined "during a serious examination of the

E' stato il Comitato dei diritti umani ad avere un ruolo precursore in quest'area specifica, chiarendo già nel 1994 che l'assenza di obiezioni da parte degli altri Stati parti non è di per sé sufficiente a garantire la compatibilità di una riserva con l'oggetto e lo scopo di un trattato⁴⁹. Nel suo Commento generale 24⁵⁰, infatti, il Comitato sostiene che le regole sulle riserve previste nella Convenzione di Vienna sono « inappropriate » e inadeguate relativamente al regime previsto dal Patto sui diritti civili e politici e che il Comitato dei diritti umani si riserva il compito di determinare la loro compatibilità. A questo fine, il Comitato dei diritti umani si è proposto anzitutto di chiarire cosa si debba intendere per oggetto e scopo del Patto:

The object and purpose of the Covenant is to create legally binding standards for human rights by defining certain civil and political rights and placing them in a framework of obligations which are legally binding for those States which ratify, and to provide an efficacious supervisory machinery for the obligations undertaken⁵¹.

Il commento generale elenca quindi una serie di situazioni in cui la formulazione di riserve debba essere considerata inammissibile. Si tratterebbe anzitutto di quelle norme riprodotte del diritto internazionale consuetudinario, e a maggior ragione, quelle aventi carattere di diritto cogente. Il Comitato afferma infatti che, “although treaties that are mere exchanges of obligations between States allow them to reserve inter se application of rules of

available information, with the presumption, which may be refuted, that a State would prefer to remain a party to the treaty without the benefit of the reservation”. The new formulation of paragraph 7 places the emphasis solely on the presumption that the State entering an invalid reservation has the intention to remain bound by the treaty without the benefit of the reservation as long as its contrary intention has not been “incontrovertibly” established — which perhaps goes a little far (and in any case does not reflect the Special Rapporteur’s position):cfr. Fourteenth Report on Reservations to Treaties, contenuto nel documento delle Nazioni unite A/CN.4/614, 2 aprile 2009, par. 53.

⁴⁹ Il primo caso in cui tale approccio è stato seguito dal Comitato riguarda la decisione relativa al caso individuale *Kennedy c. Trinidad e Tobago* (comunicazione 845/1998 – ricevibilità, decisione del 2 novembre 1999). Per un commento, v. Gerard Cohen-Jonathan, *La decision du Comité des droits de l’homme du 2 novembre 1999 dans l’affaire Kennedy contre Trinité-et-Tobago. Des réserves au Premier Protocol Facultatif*, RUDH 2000. Il Comitato per l’eliminazione delle discriminazioni razziali, ha invece affermato che: “The respective Treaty Body may comment upon and even include, in the concluding observations and recommendations, suggestions and recommendations to the respective State in relation to the reservation: to consider changing it, withdrawing it or other. This would be within the mandates of such Treaty Bodies, according to the respective treaties. This would be much more profitable than opening a legal struggle with all the reservation States and insisting that some of their reservations have no legal effect, that is that, in spite of their will when ratifying the Convention, they are bound by its integral text, which could detract [the Treaty Body] from their task, to promote as much as possible a complete and uniform application of the Convention, and could detract State parties from issues concerning its interpretation”: cfr. *Preliminary opinion of the Committee for the Elimination of Racial Discrimination on the Issue of Reservations to Treaties on Human Rights*, documento delle Nazioni unite CERD/C/62/Misc. 20/Rev.3 del 13 marzo 2003, par. 3-4.

⁵⁰ Comitato dei diritti umani delle Nazioni unite, General Commento n°24, Issues relating to Reservations Made upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in relation to Declaration under Article 41 of the Covenant, 2 novembre 1994, in *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by the United Nations Treaty Bodies*, nel documento delle Nazioni unite HRI/GEN/Rev.7 del 12 maggio 2004. Per un commento in letteratura, v.si Giorgio Gaja, “Le riserve al Patto sui diritti civili e politici e il diritto consuetudinario”, *RDI* 1996; Redgwell, “Reservations to Treaties and Human Rights Committee General Comment n°24”, *ICLQ* 1997.

⁵¹ V. Elena A. Baylis, General Comment 24: confronting the problem of reservations to human rights treaties, *17/2 Berkeley Journal of International Law* 1999, pagg. 277-329; Catherine Redgwell, “Reservations to treaties and Human Rights Committee General Comment No. 24”, *46/2 ICLQ* 1997, pagg. 390-412; Ulf Linderfalk, *Reservations to Treaties and Norms of Jus cogens : a Comment on Human Rights Committee General Comment No. 24*, in Ineta Ziemele (a cura di), *Reservations to Human Rights Treaties*, cit.

general international law, it is otherwise in human rights treaties, which are for the benefit of persons within their jurisdiction”. Sarebbero inaccettabili anche le riserve relative all’applicazione del diritto all’autodeterminazione dei popoli e che implicino una diversa applicazione dei diritti contenuti nel Patto in base a considerazioni discriminatorie. Il Comitato ha quindi affermato che: “while there is no automatic correlation between reservations to non-derogable provisions, and reservations which offend against the object and purpose of the Covenant, a State has a heavy onus to justify such a reservation”. Secondo il Comitato non sarebbero inoltre compatibili con l’oggetto e lo scopo del trattato, quelle “inhibitive reservations” tese a compromettere il corretto funzionamento del sistema di controllo – al livello nazionale come al livello internazionale – dell’attuazione del Patto. Il commento sostiene l’incompatibilità di riserve di carattere troppo generale e che prevedono un obbligo dello Stato parte di attuare una determinata previsione solo e soltanto nella misura in cui non implicino specifiche modifiche all’assetto normativo interno. Infine, il Comitato ha affermato che: “an essential consideration in assessing the validity of a reservation is the effect of each reservation on the integrity of the Covenant and that reservations should not lead to a perpetual non-attainment of international human rights standards [...] and should be withdrawn at the earliest possible moment⁵²”.

Le reazioni formali degli Stati parti al commento generale 24 si sono limitate alle prese di posizione di Francia, Regno Unito e Stati Uniti attraverso l’invio di note verbali al Comitato, in cui principalmente si contesta la possibilità da parte del Comitato di praticare la dottrina della “severability”. Per gli Stati Uniti, la pretesa auto-attribuzione del Comitato di tale competenza si situa “completely at odds with established legal practice”, per la Francia essa sarebbe “incompatible avec le droit des traités”, mentre per il Regno Unito “severability of a kind may well offer a solution in appropriate cases, although its contours are only beginning to be explained in State practice⁵³”. Ciononostante, nell’analisi successiva dei rapporti nazionali di Francia, Gran Bretagna e Stati Uniti, il Comitato dei diritti umani sembra avere tenuto un approccio prudentemente costruttivo, limitandosi ad esprimere “preoccupazione per l’ampia portata ed il numero di riserve e dichiarazioni formulate allo scopo di restringere l’ambito di applicazione del Patto⁵⁴” nel caso della Francia, oppure “delusione” per l’intenzione del Regno

⁵² V. Commento generale 24, par. 7. C’è infine il caso di come inquadrare le modificazioni alle riserve. La Germania reagì alla modificazione di una riserva delle Maldive a CEDAW, modifica volta a meglio precisare l’ambito di applicazione di una riserva formulata all’atto della ratifica, nei seguenti termini: “after a State has bound itself to a treaty under international law it can not longer submit new reservations or extend or add to old reservations”.

⁵³ E’ Scheinin a sottolineare come questi stessi Stati in passato abbiano formalmente qualificato come incompatibili con l’oggetto e lo scopo di trattati sui diritti umani o il diritto internazionale umanitario riserve opposte da altri paesi, sottolineando tuttavia che tali riserve non pregiudicano l’entrata in vigore del trattato tra le Parti: v. Martin Scheinin, *Reservations by States under the International Covenant on Civil and Political Rights and its Optional Protocols, and the Practice of the Human Rights Committee*, in Ineta Ziemele (a cura di), *Reservations to Human Rights Treaties and the Vienna Convention Regime : Conflict, Harmony or Reconciliation*, Leiden: Nijhoff, 2004, pag. 35.

⁵⁴ V. osservazioni conclusive sulla Francia, par. 10, documento CCPR/C/FRA/CO/4.

Unito di mantenere delle riserve, ed in particolare una riserva “dall’ambito di applicazione specialmente ampio” quale quella che esclude la considerazione da parte del Comitato dei provvedimenti disciplinari ai danni delle forze armate e dei detenuti⁵⁵ o, ancora, in occasione della presentazione dell’ultimo rapporto degli Stati Uniti, esprimendo pubblicamente soddisfazione per la decisione della Corte suprema del 2005 che ha ritenuto l’imposizione della pena di morte nei confronti di persone minori di 18 anni all’atto del compimento del delitto, oggetto di una relativa riserva da parte degli Stati Uniti, contraria all’ VIII e XIV emendamento⁵⁶. Nelle raccomandazioni conclusive rivolte a questi Paesi, tuttavia, il Comitato si limita ad invitare ciascuno di essi di “provvedere alla revisione delle sue riserve con il fine ultimo di ritirarle⁵⁷”.

Da un punto di vista teorico, Scheinin giustifica la scelta del Comitato dei diritti umani, nonché degli altri comitati onusiani di sviluppare sistemi sui generis relativi al trattamento delle riserve, sostenendo l’applicabilità mutatis mutandis ai trattati sui diritti umani delle condizioni previste agli articoli 5 e 20 della Convenzione di Vienna. Tali disposizioni prevedono infatti dei margini di apprezzamento specifici relativamente all’applicazione della Convenzione ai trattati istitutivi di organizzazioni internazionali; in particolare, l’articolo 20.3 sancisce che “a reservation to a treaty that is a constituent instrument of an international organisation requires the acceptance of the competent organ of the organisation⁵⁸”. Secondo Scheinin, tale norma sarebbe applicabile anche ai trattati sui diritti umani poiché tali trattati “rientrano nell’ambito di applicazione degli articoli 5 e 20 in quanto organizzazioni internazionali, oppure in quanto sviluppati nell’ambito di un’organizzazione internazionale⁵⁹”.

La specificità del regime delle riserve ai trattati sui diritti umani è inoltre riconosciuta negli sviluppi recenti del processo di codificazione delle “Linee guida” sulle riserve da parte della Commissione del diritto internazionale. Il Relatore della Commissione su questo tema, Pellet, all’inizio di tale esercizio non nascondeva la sua convinzione che il regime del diritto dei

⁵⁵ CCPR/C/GBR/CO/6, 30 July 2008, par. 7.

⁵⁶ Si tratta del caso

⁵⁷ Nell’ambito dell’ultima discussione della Francia del suo rapporto nazionale di fronte al Comitato dei diritti umani, il membro del Comitato Scheinin osservò l’assenza nel rapporto nazionale di informazioni circa lo stato degli istituti di detenzione della giustizia militare, evidentemente in relazione alle riserve agli articoli 9 e 14 del Patto formulate dalla Francia. L’esperto osservò tuttavia che ‘la Francia è stata parte del Patto per 15 anni, deve aver condotto una valutazione del funzionamento del sistema militare di detenzione in relazione alle disposizioni del Patto’, per giustificare la sua domanda di ottenere informazioni a a questo proposito: summary record of the 1598th meeting : France. 20/10/97. Rosalyn Higgins, xxix, inoltre, riporti con gli Stati Uniti, durante la presentazione del loro primo rapporto nazionale sull’attuazione del Patto – di poco successiva alla pubblicazione del Commento generale n°24, non si sottrarono alla richiesta del Comitato di discutere di una questione chiave oggetto della formulazione da parte del governo federale di una riserva al Patto, ossia l’applicazione della pena capitale a minori: v. documento delle Nazioni unite CCPR/C/SR.1598, disponibile su www.ohchr.org

⁵⁸ V. Martin Scheinin, *The Impact on the Law of Treaties*, in Martin Scheinin e Menno Kamminga (a cura di), *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford: OUP, 2009, ,pag. 32

⁵⁹ Scheinin giustifica questa costruzione osservando che la logica dell’articolo 20 è esattamente la preservazione dell’integrità di un’organizzazione internazionale, nel caso dell’esistenza di specifici organi: v. *ibidem*.

trattati sia abbastanza flessibile da poter essere applicato a tutti i tipi di trattati, compresi quelli sui diritti umani⁶⁰. Tuttavia, il progetto di Linee guida adottato dalla Commissione nel maggio 2007 include una serie di norme che tengono specificamente conto della natura peculiare dei trattati sui diritti umani⁶¹. Le linee guida, in questa versione preliminare, chiariscono che una riserva è incompatibile con lo scopo e l'oggetto di un trattato nel momento in cui "it affects an essential element of the treaty that is necessary to its general thrust, in such a way that the reservation impairs the *raison d'être* of the treaty⁶²". La conseguenza del riconoscimento di tale incompatibilità con lo scopo e l'oggetto del trattato è l'invalidità della riserva: conseguenza dell'invalidità di una riserva è il fatto che essa venga ritenuta non apposta e priva di effetti. Nello specifico caso di trattati "generali" sui diritti umani, al fine di valutare la compatibilità di una riserva con l'oggetto e lo scopo di un trattato, "account shall be taken of the indivisibility, interdependence and interrelatedness of the rights set out in the treaty as well as the importance that the right or provision which is the subject of the reservation has within the general thrust of the treaty, and the gravity of the impact the reservation has upon it⁶³". Il progetto riconosce altresì la possibilità di formulare riserve a disposizioni relative a diritti non derogabili, qualora "the reservation in question is compatible with the essential rights and obligations arising out of that treaty": in tale situazione, nell'ambito della valutazione della compatibilità, "account shall be taken of the importance which the parties have conferred upon the rights at issue by making them non-derogable⁶⁴". Ma soprattutto, il progetto riconosce la competenza di due tipologie di soggetti a valutare la validità ("to rule on the validity") delle riserve: in primo luogo, si tratta degli altri Stati contraenti [compresi, dove di rilievo, i rispettivi tribunali nazionali]; in secondo luogo, gli organi di soluzione delle controversie competenti ad "interpretare o applicare" il trattato, nonché organi di monitoraggio dell'attuazione dei trattati, ove previsti. La proposta di linea guida 3.2.1 osserva più specificamente che "where a treaty establishes a body to monitor application of the treaty, that body shall be competent, for the purpose of discharging the functions entrusted to it, to assess the validity of reservations formulated by a State or an international organization" e che "the findings made by such a body in the exercise of this competence shall have the same legal force as that deriving from the performance of its general

⁶⁰ Pellet osserva infatti che: "Irrespective of its object, a treaty remains a juridical act based on the will of States, whose meaning cannot be presumed or invented. Human rights treaties do not escape the general law: their object and purpose do not effect any 'transubstantiation' and do not transform them into 'international legislation' which would bind States against their will. This is the risk monitoring bodies have if they venture to determinate what was the intention of a State when it bound itself by a treaty, while it was, at the same time, formulating a reservation"; cfr. secondo rapporto sulle riserve ai trattati, Alain Pellet, International Law Commission, 48a sessione, 1996, par. 87, A/CN.4/477/Add.1. Per una critica del Commento 24, v anche Robert Y. Jennings, "Proliferation of Adjudicatory Bodies: Dangers and possibile Answers", in Implications of Proliferation of International Adjudicatory Bodies for Dispute Resolution, *ASIL Bulletin*, 9, pag. 2, November 1995.

⁶¹ Draft guidelines adopted by the Drafting Committee on 9, 10, 11 and 22 May 2007, contenuto nel documento delle Nazioni unite A/CN.4/L.705 del 25 maggio 2007.

⁶² V. Guideline draft 3.1.5.

⁶³ V. Guideline draft 3.1.12

⁶⁴ V. Guideline draft 3.1.10.

monitoring role⁶⁵. Infine, il progetto di linee guida ammette che l'accettazione di una riserva invalida da parte di uno Stato parte non modifichi l'invalidità della riserva⁶⁶. Tuttavia, esse prevedono nondimeno la possibilità che una riserva implicitamente o esplicitamente proibita dal trattato o incompatibile con il suo oggetto e scopo possa essere formulata se “nessuna delle altre Parti contraenti si oppone ad essa dopo essere stata espressamente consultata dal depositario⁶⁷”.

Dalla prospettiva di Simma, poiché nessun comitato sui diritti umani è attualmente in grado di adottare decisioni che vincolano gli Stati parti, occorre che la questione della compatibilità delle riserve costituisca l'oggetto di un dialogo costruttivo tra gli Stati e ciascun comitato, ferma restando la possibilità di richiedere pareri consultivi alla Corte internazionale di giustizia, affinché quest'ultima si esprima autorevolmente sulla compatibilità di determinate riserve con l'oggetto e lo scopo dei relativi trattati sui diritti umani⁶⁸. Tale posizione, a nostro avviso, deve essere rivalutata alla luce della prassi per cui i Treaty Bodies – al fine dello svolgimento delle loro funzioni istituzionali – adottano posizioni autorevoli circa la validità di una determinata riserva nonché sulla sua applicabilità al caso di specie. Simma, inoltre, ritiene di dovere tracciare una distinzione netta tra la prassi della severability avviata dalla Corte di Strasburgo e quella dei comitati onusiani, pur essendo entrambe accomunate dal fatto di non trovare base giuridica nei rispettivi trattati. Condividiamo invece la chiave di lettura, che fu peraltro già suggerita da Simma nel 1998⁶⁹, per cui la prassi della severability – a prescindere dalla capacità per un determinato organo di adottare degli atti vincolanti nei confronti di un determinato Stato parte, possa essere giustificata in quanto acquiescenza degli Stati parti.

⁶⁵ Inoltre: “States and international organizations that have formulated reservations to a treaty establishing a body to monitor its application are required to cooperate with that body and take fully into account that body’s assessment of the validity of the reservations that they have formulated. When the body in question is vested with decision-making power, the author of the reservation is bound to give effect to the decision of that body [provided that it is acting within the limits of its competence”. In base alla linea guida GL 3.2.3. Cooperation of States and international organizations with monitoring bodies. Inoltre, la linea guida 3.2.4 specifica che “when the treaty establishes a body to monitor its application, the competence of that body neither excludes nor affects in any other way the competence of other contracting States or other contracting international organizations to assess the validity of reservations to a treaty formulated by a State or an international organization, nor that of such dispute settlement bodies as may be competent to interpret or apply the treaty”.

⁶⁶ Guideline 3.3.3.

⁶⁷ Le linee guida prevedono quindi che: “during such consultation, the depositary shall draw the attention of the signatory States and international organizations and of the contracting States and international organizations and where appropriate, the competent organ of the international organization concerned, to the nature of the legal problems raised by the reservation”.

⁶⁸ La raccomandazione che fosse l'ECOSOC a richiedere tali opinioni è del resto contenuta nel rapporto conclusivo dell'incontro dei Presidenti dei Treaty bodies delle Nazioni unite dell'ottobre 1992, contenuto nel documento delle Nazioni unite A/47/628, par. 36 e 60-65.

⁶⁹ V. “At first glance, it is not easy to square this response with the principle of consent governing the law of treaties. It can be reconciled, however, if the reserving State is presumed as having tacitly agreed -accepted the risk - that, if its reservation were found unacceptable and therefore invalid and thus severed from its consent to be bound, it might find itself bound by the treaty in its entirety. Following such a claim made by objecting States (or Treaty Bodies, see infra), the reserving State may either rebut this presumption or decide to live with the situation. Hence, there is nothing logically impossible or dogmatically flawed about the "severability doctrine" as such. This being said, its effectiveness and deterrent effect, as it were, will very much depend on the follow-up adopted by the objecting parties. If they conform to the "fire and forget" principle, the severability doctrine will fall flat”: cfr. Bruno Simma, *Reservations to Human Rights Treaties*, in *Liber Amicorum Seidl-Hohenfeldern*, 1998, pagg. 666ss .

1.3. Estinzione

La peculiarità degli obblighi posti dai trattati sui diritti umani è stata sollevata nella recente prassi internazionale anche in relazione alla loro estinzione, in particolare con riferimento alla denuncia o recesso di una parte, nonché all'eccezione di inadempimento dell'altra parte.

Occorre ricordare come l'articolo 56 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati stabilisce che un trattato che non prevede alcuna norma relativa alla sua estinzione non può essere denunciato, sempre che: non si riesca a stabilire che le Parti avessero inteso ammettere la possibilità di ritiro o denuncia o ritiro, oppure che un diritto di denuncia o ritiro siano impliciti nella natura del trattato⁷⁰. Se un gran numero di trattati sui diritti umani prevedono delle modalità specifiche per la denuncia⁷¹, questo non è il caso del Patto internazionale sui diritti civili e politici e del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, e ancora della Convenzione sulla lotta alla discriminazione nei confronti delle donne o la recente Convenzione sulla lotta alle sparizioni forzate. Tuttavia, Meron sostiene esplicitamente l'affermarsi di una tendenza circa l'impossibilità di denunciare un trattato multilaterale relativo alla promozione e protezione dei diritti umani⁷². L'autore prende le mosse dalla denuncia, da parte della Corea del Nord del Patto sui diritti civili e politici nel 1997. All'epoca, il Segretariato delle Nazioni unite diffuse una nota a tutti gli Stati parti al trattato, nella quale, basandosi sull'articolo 56 della Convenzione di Vienna⁷³, affermava che il consenso delle altre parti sarebbe stato necessario al fine di ritenere valida la dichiarazione di denuncia. La nota sosteneva inoltre che fosse chiaro dai lavori preparatori del Patto che "negotiating parties deliberately did not intend to provide for withdrawal or denunciation"⁷⁴. La nota proseguiva con l'importante osservazione per cui

In considering whether human rights treaties are by their nature subject to a right of denunciation or withdrawal, it should be noted that human rights treaties express universal

⁷⁰ In tal caso, "a party shall give not less than twelve months' notice of its intentions to denounce or withdraw from the treaty".

⁷¹ Ad esempio, la CEDU, all'articolo 58, prevede la possibilità di denuncia a partire dal quinto anno di partecipazione di uno Stato alla Convenzione e a patto che lo Stato denunciante abbia notificato la sua intenzione agli altri Stati parti con sei mesi di anticipo. Lo stesso articolo prevede che: "a denunciation shall not have the effect of releasing the High Contracting Party concerned from its obligations under this Convention in respect of any act which, being capable of constituting a violation of such obligations, may have been performed by it before the date at which the denunciation became effective". L'articolo 78 della Convenzione americana ricalca il modello della CEDU, ma prevede dodici mesi di notifica.

⁷² V. Theodor Meron, *International Law in the Age of Human Rights*, 310 RdC 2004, pag. 288

⁷³ Di cui la Corea del Nord non è Parte, sebbene la Corte internazionale di giustizia abbia riconosciuto la natura consuetudinaria degli articoli della Convenzione che riguardano l'estinzione dei trattati.

⁷⁴ Aide-mémoire: denunciation of the ICCPR by the Democratic People's Republic of Korea, 23 settembre 1997, annex, par. 4, contenuto nel documento delle Nazioni unite C.N. 467/1997. treaties – 10 (1997).

values from which no retreat should be allowed. This is also consistent with the United Nations approach to human rights.

Il depositario del Patto richiese pertanto agli altri Stati parti di fargli pervenire una comunicazione in caso di disaccordo con l'iniziativa della Corea del Nord di denunciare il Patto, a cui fece seguito l'obiezione della Danimarca⁷⁵.

Il Comitato dei diritti umani, nel suo Commento generale 26 adottato di lì a poco affermò che “international law does not permit State which has ratified or acceded or succeeded to the Covenant to denounce it or withdraw from it⁷⁶”, con la motivazione che:

once the people are accorded the protection of the rights under the Covenant, such protection devolves with territory and continues to belong to them, notwithstanding change in Governments of the State party, including dismemberment in more than one State or State succession or any subsequent action of the State party designed to divest them of the rights guaranteed by the Covenant⁷⁷.

Una diversa situazione da prendere in considerazione è la denuncia di un trattato sui diritti umani con la prospettiva di ri-accedervi immediatamente dopo e formulando al tempo stesso una riserva ‘inedita’. Questo è quanto accaduto da parte di Trinidad e Tobago e la Guyana, i quali, rispettivamente nel 1998 e 1999, denunciarono il primo Protocollo facoltativo al Patto sui diritti civili e politici proponendosi di ri-accedere immediatamente a tale trattato ma in contemporanea alla formulazione di una nuova riserva, con la finalità di escludere la competenza del Comitato a ricevere comunicazioni individuali relativi a violazioni del Patto connesse all'esecuzione della pena di morte. Nel noto caso *Rawle Kennedy*, il Comitato dei diritti umani ritenne tale riserva invalida, con la conseguenza che Trinidad e Tobago preferì denunciare definitivamente il Protocollo facoltativo⁷⁸. Occorre tuttavia rilevare che sia l'ufficio affari giuridici delle Nazioni unite che il Comitato di esperti giuridici in diritto internazionale

⁷⁵ V. Ed Bates, “Avoiding Legal Obligations Created by Human Rights Treaties”, cit., pag. 755, nota 28. La Corea del Nord, nel 2000, presentò il suo nuovo rapporto al Comitato dei diritti umani, in base alla procedura prevista all'articolo 40 del Patto, confermando pertanto di essere vincolata al Patto.

⁷⁶ V. Comitato dei diritti umani, General Comment 26, par. 5.

⁷⁷ Cfr. par.5. Tale impostazione ha suggerire un parallelo tra il regime della tutela del diritto alla proprietà e i diritti umani. Già la Corte permanente internazionale di giustizia, nel caso *Coloni tedeschi in Polonia*, affermava infatti che : « Des droits privés, acquis conformément au droit en vigueur, ne deviennent point caducs à la suite d'un changement de souveraineté. [...] On ne saurait prétendre que, alors que la législation survit, les droits privés acquis conformément à cette législation soient condamnés à périr. Une telle assertion n'est basée sur aucun principe et serait contraire à l'opinion et à la pratique quasi universelle. [...] La Cour est ici en présence de droits privés découlant de dispositions légales ou conventionnelles expresses, et il suffit, aux fins du présent avis, de dire que même ceux qui contestent l'existence en droit international du principe de la succession d'Etats ne vont pas jusqu'à maintenir que les droits privés [...] ne peuvent être valablement opposés à celui qui succède à la souveraineté » : cfr. *CPJI*, série B n°6, pag. 36, citato in Isabelle Poupard, *Succession aux traits et droits de l'homme: vers la reconnaissance d'une protection interrompue des individus*, in Martti Koskenniemi (a cura di) *La succession d'états: la codification à l'épreuve des faits*, The Hague, Nijhof, pag. 467.

⁷⁸ Per un commento, v. Martin Scheinin, “Reservations by States under the ICCPR and its Optional Protocols, and the Practice of the Human Rights Committee”, cit., pagg. 50-51. V. anche Eckart Klein, “A Comment on the Issue of Reservations to the Provisions of the Covenant Representing (Peremptory) Rules of General International Law”, in Ineta Ziemele, *Reservations...*, cit., pag. 65.

pubblico del Consiglio d'Europa, come ancora il Relatore speciale della Commissione del diritto internazionale affermarono nella circostanza l'inesistenza di norme specifiche le quali proibirebbero la "denuncia strategica e ri-ratifica"⁷⁹". Pellet in particolare si ritiene convinto che – a prescindere da considerazioni di carattere politico - "a party remains always at liberty to accede a new to the same treaty, this time by proposing certain reservations"⁸⁰".

L'unica esempio di prassi autorevole di cui siamo a conoscenza che riguardi tale fenomeno è stata adottata dal Tribunale federale svizzero nel caso *Elisabeth B. c. Consiglio di Stato del Cantone di Thurgau* nel 1994, alcuni anni dopo il caso *Belilos*. In tale occasione al Tribunale si pronunciò sulla legittimità di una proposta di nuova dichiarazione interpretativa del Governo svizzero relativa ad una norma della CEDU. La Corte sostenne che da un punto di vista sostanziale tale dichiarazione interpretativa sarebbe equivalsa ad una nuova riserva, già condannata dalla Corte europea. D'altra parte il tribunale esclude anche l'alternativa della denuncia della Convenzione al fine di ri-accedervi con l'intenzione di formulare immediatamente una nuova riserva, in quanto ciò avrebbe costituito un abuso di diritto, incompatibile con il dettato dell'articolo 57 della Convenzione, il quale pretende il rafforzamento esclusivo degli impegni assunti in base alla Convenzione nel tempo, piuttosto che un indebolimento. E' interessante notare che il governo francese fece ricorso a simili argomenti reagendo alla formulazione della riserva da parte di Trinidad al Protocollo facoltativo all'ICCPR, di cui sopra, nei seguenti termini:

The denunciation of the Protocol may in no case be used by a State Party for the sole purpose of formulating reservations to that instrument after having signed, ratified or acceded to it. Such a practice would undermine international commitments by constituting a form of misuse of procedure, would be manifestly contrary to the principle of good faith prevailing in international law and would contravene the rule of pacta sunt servanda. The means used (denunciation and accession on the same instrument , but with a reservation) cannot but prompt a negative reaction, irrespective of the doubts which may arise as to the compatibility of this reservation with the goal and purpose of the treaty⁸¹.

1.4. Successione degli Stati in relazione a trattati sui diritti umani

Per quanto riguarda la successione degli Stati, la Convenzione di Vienna del 1978 non prevede invece alcuna norma specifica relativa al diritto dei diritti umani⁸². Tuttavia, la

⁷⁹ Secondo la definizione di Ed Bates, "Avoiding...", cit., pag. 779.

⁸⁰ Report ILC 53rd session, UN/A/56/10 (2001), pag. 482.

⁸¹ Note verbale del 9 settembre 1999.

⁸² V. Menno T Kamminga, State succession in respect of human rights treaties, 7/4 *EJIL* 1996, pagg. 469-484; Florentino Ruiz Ruiz, "The succession of states in universal treaties on the protection of human rights and humanitarian law", 7/2 *The International Journal of Human Rights* 2003, pagg. 42-96 / 2003, Egidijus Bieliunas, *Approach of new states concerning state succession and accession to universal treaties and human rights obligations: issues of citizenship*,

questione dell'eventuale specialità del diritto dei diritti umani anche a questo proposito è stata presa in considerazione successivamente da attori diversi all'origine dell'ultimo decennio del secolo scorso. La Commissione delle Nazioni unite sui diritti umani, ad esempio, ha adottato ripetutamente per *consensus* dal 1993 al 1995 una risoluzione introdotta dalla Federazione russa intitolata "La successione degli Stati con rispetto ai trattati sui diritti umani", nella quale si fa riferimento alla "natura speciale" dei trattati sui diritti umani e alla "applicabilità senza discontinuità" di tali trattati⁸³. E' anche vero che la stessa risoluzione, infine, invita gli Stati successori a "confirm to appropriate depositaries that they continue to be bound by obligations under international human rights treaties", ma tale dichiarazione avrebbe valore confermativo piuttosto che costitutivo⁸⁴. La riunione dei Presidenti dei Comitati onusiani sui diritti umani ha emesso un comunicato congiunto in cui si sostiene che:

[...] successor States were automatically bound by obligations under international human rights instruments from the respective date of independence and that observance of the obligations should not depend on a declaration of confirmation made by the government of the successor State⁸⁵.

Purtroppo, occorre constatare come la prassi recente non sia conclusiva. Successivamente alla dissoluzione dell'Unione Sovietica, i nuovi Stati hanno preferito optare in linea di principio per l'accessione ai trattati multilaterali di cui era parte l'URSS⁸⁶. Se Ucraina e Bielorussia erano già parti alle Convenzioni, gli Stati baltici sostennero di ritrovare un'indipendenza persa durante l'occupazione sovietica del 1940, e pertanto accedettero ai principali strumenti sui diritti umani. Nel 1993, il Comitato sui diritti umani si rivolgeva ai vari neo-Stati che ancora non avessero preso una posizione circa la loro partecipazione al Patto internazionale sui diritti civili e politici

Citizenship and state succession, European Commission for Democracy through Law, 1998. Propendono per una emergente automaticità della successione degli Stati in relazione a trattati sui diritti umani P. Pazartzis, "State Succession to Multilateral Treaties: Recent Developments", 3 *Austrian Review of International and European Law* 1998, pag. 397; Brigitte Stern, *Les questions de succession d'Etats dans l'affaire à l'Application de la Convention pour la prevention et la repression du crime de genocide devant la Cour internationale de justice*, in N. Ando et alii (a cura di), *Liber Amicorum Shigeru Oda*, 2002, pag. 297; F Ruiz, « The Succession of States in Universal Treaties on the Protection of Human Rights and Humanitarian Law », 7 *International Journal of Human Rights* 2003, 42. CONTRA: Akbar Rasulov, "Revisiting Succession to Humanitarian Treaties; Is There a Case for Automaticity?", 14 *EJIL* 2003, 141-170. V. anche Oscar Schachter, "State Succession: The Once and Future Law", *Virginia Journal of International Law*, n°33, 1993, pag. 260; R. Mullerson, « The Continuity and Succession of States, by Reference to the Former USSR and Yugoslavia », 42 *ICLQ* 1993.

⁸³ La risoluzione afferma infatti che: "Etats successeurs, en ce qui concerne les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme auxquels les Etats prédécesseurs étaient parties, devront prendre la succession des Etats prédécesseurs et continueront d'assumer les responsabilités ainsi contractées": risoluzione 1993/23 de 5 marzo 1993, identico nella risoluzione 16 del 1994.

⁸⁴ In questo senso v. Menno T. Kamminga, "State Succession in Respect of Human Rights Treaties", *cit.*, pag. 482-483. CONTRA Hanna Bokor-Szego, *Continuation et succession en matière de traités internationaux*, in Genevieve Burdeau, e Brigitte Stern, (a cura di) *Dissolution, continuation et succession en Europe de l'Est*, 1994, pagg. 54-55.

⁸⁵ V. Status of international covenants on human rights: Succession of States in respect of international human rights treaties, Report of the Secretary-General, contenuto nel documento delle Nazioni unite E/CN.4/1995/80, par. 10.

⁸⁶ Occorre inoltre sottolineare come nella Dichiarazione di Alma-Ata, gli Stati costitutivi della Comunità degli Stati indipendenti dichiarano di impegnarsi a « s'acquitter , conformément à leurs règles constitutionnelles, des obligations internationales qui leur incombent en vertu des traités et d'accords conclus par l'ancienne Union des Républiques socialistes soviétiques". Documento delle Nazioni unite A/47/60, pag. 6

dichiarando che: “all the people within the territory of a former State party to the Covenant remained entitled to the guarantees of the Covenant, and that, in particular, Armenia, Georgia, Kazakhstan, Kyrgyzstan, the Former Yugoslav Republic of Macedonia, Turkmenistan e Uzbekistan were bound by the obligations of the Covenant as from the dates of their independence⁸⁷”. Pur qualificando come “iniziali” i Rapporti inviati dai Paesi che hanno acceduto al Patto, il Comitato ha e insistito nel sostenere che l’accessione abbia effetto in maniera retroattiva e pertanto ha ritenuto i vari Paesi come Stati parti sin dalla data dell’indipendenza, chiedendo ad esempio che il periodo che intercorreva tra l’indipendenza e l’accessione fosse comunque coperto nei Rapporti⁸⁸.

La prassi nel sistema europeo per la tutela dei diritti umani è forse ancora più interessante. Entro sei mesi dalla scissione di Repubblica ceca e Repubblica slovacca, il Comitato dei Ministri del Consiglio d’ Europa decise che entrambe queste nuove entità dovessero essere considerate come successori alla Convenzione europea sui diritti umani retroattivamente a partire dalla data dell’indipendenza. Di conseguenza, la Corte di Strasburgo ha ritenuto la Repubblica slovacca responsabile per una violazione del Patto avvenuta prima della scissione della Cecoslovacchia.

La Camera di appello del Tribunale internazionale per l’Ex-Yugoslavia, nel caso, ha sostenuto che la Bosnia Erzegovina sarebbe da considerarsi parte alle Convenzioni di Ginevra sin dalla sua creazione, e questo in forza tanto della natura consuetudinaria delle norme contenute in tali Convenzioni, quanto della norma consuetudinaria che prevede che vi sia “automatic State succession to multilateral humanitarian treaties in the broad sense, i.e., treaties of universal character which express fundamental human rights⁸⁹”. Se l’esistenza di una simile norma consuetudinaria in materia di successione automatica allo stato attuale del diritto internazionale rimane da verificare, ci pare difficilmente sostenibile – alla luce della trattazione del paragrafo precedente – ritenere che tutte le norme contenute nei trattati sui diritti umani, a parte evidentemente quelle relative al funzionamento dei comitati di controllo, siano riprodotte del diritto internazionale generale. Tale impostazione trova riscontro anche nell’opinione separata del Giudice Weeramantry nel caso di fronte alla Corte internazionale di giustizia nell’ affare relativo all’*attuazione della Convenzione sulle prevenzione e repressione*

⁸⁷ A/49/40, par. 49.

⁸⁸ Come in effetti è stato il caso dell’Uzbekistan, Paese che ha acceduto al Patto nel 1995, e che tuttavia nel suo rapporto CCPR/C/UZB/99/1 ha coperto anche il periodo 1991-1995. Osserva Kamminga come nella discussione con l’Azerbaijan del Rapporto periodico, i rappresentanti dello Stato in questione non contestassero la responsabilità per eventi che avessero avuto luogo dopo l’indipendenza ma prima della data di accessione (1992). Poiché il Kazakhstan non provvedeva a definire la sua posizione circa la continuità degli obblighi discendenti dal Patto, il Comitato sui diritti umani osservò che: “Although a declaration of succession has not been received, the people within the territories of the State – which constituted part of a former State party to the Covenant – continue to be entitled to the guarantees enunciated in the Covenant in accordance with the Committee’s established jurisprudence”, cfr. A/59/40, annex I, note d.

⁸⁹ Sentenza del 20 febbraio 2001, JL/P.I.S./564-e

del crimine di genocidio, in cui si sostenne che ogni valutazione relativa alla successione della Bosnia-Erzegovina alla Convenzione, dovesse principalmente tenere conto della specialità della Convenzione medesima⁹⁰: dal momento che quest'ultima prevede un "commitment of the participating states to certain norms and values recognised by the international community", essa sarebbe da ritenersi soggetta a successione automatica⁹¹. Nel caso in parola, la Corte internazionale di giustizia ha evitato di prendere posizione, osservando tuttavia che:

Without prejudice to whether or not the "principle of automatic succession" applies in the case of certain types of international treaties or conventions, the Court does not consider it necessary, in order to decide on its jurisdiction in this case, to make a determination on the legal issue concerning State succession⁹².

Un caso rilevante è costituito dall'estensione della giurisdizione cinese su Hong Kong⁹³. Al tempo della successione, il Regno Unito – ma non la Cina – erano Parti ad entrambi i Patti internazionali sui diritti umani del 1966. Nonostante ciò, la Dichiarazione congiunta del 1984 prevedeva che "[t]he provisions of the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights as applied to Hong Kong shall remain in force⁹⁴". In relazione a tale caso, il Comitato dei diritti umani osservò che la tutela dei diritti derivanti dal Patto sui diritti civili e politici "cannot be denied to the inhabitants merely by virtue of dismemberment of that territory or its coming under the sovereignty of another State or of more than one State⁹⁵". La Cina dapprima sostenne, alla luce della propria interpretazione dell'Accordo con il Governo britannico, di non poter accettare che la continua applicazione dei Patti ad Hong Kong comportasse anche l'obbligo di inviare rapporti periodici ai rispettivi comitati. Successivamente ad una notifica al Segretario generale delle Nazioni unite nel 1997 circa la continua applicazione dei Patti, ed in forza del godimento da parte di Hong Kong di ampia autonomia nel campo delle relazioni internazionali, la Cina riprese ad inviare rapporti periodici ai comitati onusiani. Sebbene sia chiaro come il Governo di Pechino sia intervenuto per sanare una situazione di incertezza riguardo l'applicazione di entrambi i Patti ad Hong Kong, formalizzando attraverso una dichiarazione al Segretario generale delle Nazioni unite la piena operatività di entrambi i Patti, il presente caso è stato utilizzato in supporto della

⁹⁰ ICJ reports, 1996, pag. 595.

⁹¹ Tale posizione è sostenuta da Rosalyn Higgins in, *The International Court of Justice and Human Rights*, in Karen Wellens (a cura di), *International Law: Theory and Practice. Essays in Honour of Eric Suy*, The Hague, Nijoff, 1998, pagg. 696-697.

⁹² Cfr. par. 21.

⁹³ V. Johannes Chan, "State Succession to Human Rights Treaties: Hong Kong and the International Covenant on Civil and Political Rights", 45 *ICLQ* 1996, pagg. 928-946.

⁹⁴ Draft Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the People's Republic of China on the Future of Hong Kong, 26 settembre 1984, riprodotto in Nihal Jayawickrama, "Human Rights in Hong Kong: The Continued Applicability of the International Covenants", 25 *Hong Kong LJ* 1995.

⁹⁵ Osservazioni conclusive del Comitato dei diritti umani relative a Hong Kong, contenute nel documento delle Nazioni unite CCPR/C/79/Add. 17.

tesi per cui una volta che tali diritti sono stati riconosciuti al popolo in un determinato territorio, essi costituiscono diritti acquisiti, a prescindere da ogni mutata situazione di sovranità.

1.5 Applicazione territoriale

Un ulteriore aspetto di interesse nello studio del diritto convenzionale dei diritti umani concerne la questione dell'ambito della sua applicazione *ratione loci*⁹⁶. Gli strumenti internazionali sui diritti umani prevedono spesso norme specifiche volte ad orientare l'applicazione territoriale dei diritti umani in essi garantiti. Ad esempio, l'articolo 2.1 del Patto internazionale sui diritti civili e politici prevede che “[e]ach State Party to the present Convention undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognised in the present Convention”. La lettura da parte del Comitato della preposizione congiuntiva “and” come una preposizione avversativa “or” nella formulazione di tale articolo, ha permesso il Comitato dei diritti umani di applicare il Patto – eccezionalmente – in relazione ad azioni avvenute al di fuori del territorio dello State parte. Nel 1981, nel caso *Lopez Burgos c. Uruguay*⁹⁷, il Comitato ha affermato che la giurisdizione copre anche la condotta di agenti dello Stato operanti al di fuori del suo territorio. Tale interpretazione, successivamente ad alcuni casi di protesta iniziale, sembra essere in definitiva accettata dagli Stati parti al Covenant. Tale prassi è stata riconosciuta dalla Corte internazionale di giustizia nel Parere consultivo relativo alla *Costruzione di un muro nei territori occupati di Palestina*, concludendo che il Patto internazionale sui diritti civili e politici può trovare applicazione con riferimento ad atti compiuti da uno Stato nell'esercizio della sua giurisdizione al di fuori del suo territorio⁹⁸. Nella recente ordinanza di misure cautelari nel caso riguardante l'applicazione della Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale (*Georgia c. Federazione russa*), la Corte internazionale di giustizia ha ancora avuto modo di osservare che:

there is no restriction of a general nature in CERD relating to its territorial application; whereas it further notes that, in particular, neither Article 2 nor Article 5 of CERD, alleged violations of which are invoked by Georgia, contain a specific territorial limitation; and whereas the Court consequently finds that these provisions of CERD generally appear to

⁹⁶ In generale ; v. Gerard Cohen-Jonatan, « La territorialisation de la juridiction de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 2002, pagg. 1069-1082; Theodor Meron, “Extraterritoriality of Human Rights Treaties”, *AJIL* 1995, pagg. 78-83; Georg Ress, “Problems of Extraterritorial Human Rights Violations. The Jurisdiction of the European Court of Human Rights”, *Italian Yearbook of International Law*, 2002, pagg. 51-67;

⁹⁷ Case No. 56/79, in A/36/49.

⁹⁸ Par. 111. Nel paragrafo successivo, la Corte ha quindi riconosciuto che nonostante i diritti garantiti dal patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali abbiano fondamentalmente natura territoriale, “ it is not to be excluded that it applies both to territories over which a State party has sovereignty and to those over which that State exercises territorial jurisdiction”.

apply, like other provisions of instruments of that nature, to the actions of a State party when it acts beyond its territory⁹⁹.

La Convenzione inter-americana, all'articolo 1, fa riferimento semplicemente all'obbligo degli Stati parti di "respect the rights and freedoms recognised herein and to ensure to all persons subject to their jurisdiction the free and full exercise of those rights, without any discrimination". Nel caso *Coard et alii c. Stati Uniti*, la Commissione inter-americana ha quindi osservato che:

under certain circumstances, the exercise of its jurisdiction over acts with an extra-territorial locus will not only be consistent with, but required by, the norms which pertain. [E]ach American State is obliged to uphold the protected rights of any persons subject to its jurisdiction. While this most commonly refers to persons within a State's territory, it may, under given circumstances, refer to a conduct with an extra-territorial locus where the person concerned is present in the territory of one State, but subject to the control of another State – usually the acts of the latter's agents abroad¹⁰⁰.

Nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell' uomo si afferma viceversa la centralità di una concezione territoriale della giurisdizione che fa riferimento ai confini di uno Stato parte quali internazionalmente riconosciuti. Tuttavia, a partire dalla decisione nel ricorso interstatale *Cipro c. Turchia* del 1975, ed in reazione ad una dichiarazione della Turchia limitativa dell'ambito di applicazione territoriale della Convenzione, la Commissione aveva sottolineato che l'ambito di applicazione geografica della Convenzione non si limita al territorio delle Parti contraenti. Questo dato rileva ai fini della presente ricerca perchè la Commissione ha fatto riferimento in questo caso all'obiettivo della Convenzione, per cui "the High Contracting Parties are bound to secure the said rights and freedoms to all persons under their actual authority and responsibility, whether that authority is exercised within the territory or abroad¹⁰¹". In tale caso, la Commissione introdusse il "test dell'actual control" al fine di stabilire se determinate azioni extra-territoriali rientrassero nella giurisdizione di uno Stato parte. Tale test è stato parzialmente sviluppato dalla Corte di Strasburgo nel caso *Loizidou c. Turchia*¹⁰², con l' introduzione del concetto di "effective control", in cui nuovamente si precisa che, tenuto conto dell'oggetto e dello scopo della Convenzione, la tutela dei diritti umani si estende a situazioni di controllo effettivo di territorio situato al di fuori dei propri confini come conseguenza di un'azione militare, sia essa lecita od illecita¹⁰³, con la precisione che i fatti in

⁹⁹ Par. 109.

¹⁰⁰ Report 109/99, caso 10.591, sentenza del 29 settembre 1999.

¹⁰¹ Caso 6780/75.

¹⁰² Ricorso n. 15318/89, decisione resa il 18 dicembre 1996, par. 52. In dottrina v. J. P. Cot, "La responsabilité de la Turquie et le respect de la Convention européenne dans la partie nord de Chypre", *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1998, pagg. 102-116; M. C. Vitucci, "tti della Repubblica turca di Cipro del Nord e responsabilità della Turchia: il caso Loizidou", *RDI* 1998, pagg. 1065-1083.

¹⁰³ la Corte articola ulteriormente l'approccio dell'effective control, facendo ricorso ai test della « decisive influence » e « survival through support » al fine di accertarne l'esistenza. Nello stesso caso, inoltre, la Corte introdusse il concetto di "positive obligation" in capo a uno Stato parte al fine di agevolare la piena attuazione della CEDU anche nella

parola accaddero nella Repubblica di Cipro del Nord, ossia uno Stato fantoccio riconosciuto dalla sola Turchia.

La Corte peraltro ha avuto modo di chiarire ulteriormente il suo pensiero sul concetto di effective control nella sua decisione di inammissibilità nel caso ¹⁰⁴ del 2001. Qui la Corte ha ribadito la necessità del soddisfacimento di due condizioni per l'apprezzamento dell'effective control, una relativa al controllo continuato e l'altra riguardante il controllo concreto di uno Stato nell'esercizio delle funzioni di potere pubblico. E' tuttavia significativo che in tale decisione la Corte si sia sentita in dovere di affermare che:

The Court's obligations [...] is to have regard to the special character of the Convention as a constitutional instrument of European public order for the protection of individual human beings, and its role, as set out in Article 19 of the Convention, is to ensure the observance of the engagements undertaken by the Contracting Parties. It is therefore difficult to contend that a failure to accept the extraterritorial jurisdiction of the respondent States would fall foul of the Convention's ordre public objective, which itself underlined the essentially regional vocation of the Convention system, or of Article 19 of the Convention, which does not shed any particular light on the territorial ambit of that system¹⁰⁵.

La situazione di *Behrami c. Francia* e *Saramati c. Francia, Germania e Norvegia*¹⁰⁶ è invece diversa. In sintesi, in questi casi, sempre discussi di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo, i ricorrenti hanno contestato la condotta di Stati partecipanti rispettivamente alla missione UNMIK e KFOR. Il caso Behrami, in particolare, riguardava la richiesta di riparazione per l'omissione, da parte del contingente francese in seno a KFOR di segnalare o eliminare delle bombe e mine da un sito, da cui risultò rispettivamente la morte ed il grave ferimento di due bambini. Il caso Saramati, invece, riguardava la compensazione per detenzione extra-giuridica. La Corte, in entrambi in casi, affermò di non avere giurisdizione, dal momento che la condotta che costituirebbe violazione della Convenzione sarebbe attribuite alle Nazioni unite, una "organisation of universal jurisdiction fulfilling its imperative collective security mandate". La Corte aggiunse che una sua pronuncia relativa alla legalità della condotta di tali missioni creerebbe un'interferenza "with the fulfilment of the UN's key mission in this field including with the effective conduct of its operations". Ci riserviamo di esporre i motivi di critica di questa decisione nella terza parte della tesi, allorquando ci occuperemo della

constatazione che quest'ultimo non ritenesse il pieno controllo del territorio: v. ricorso n°48787/99, decisione resa dalla Corte riunita nella Grande Camera il 4 luglio 2001; decisione di merito, ricorso reso dalla Corte riunita nella Grande Camera l'8 luglio 2004. Il test dell'overall control fu avanzato dal Tribunale internazionale per la ex-Yugoslavia come criterio utile per imputare la condotta di gruppi armati organizzati ad un determinato Stato ed infine per sciogliere la questione se un conflitto armato fosse internazionale. Già in Nicaragua la Corte aveva fatto ricorso al test dell'effective control per verificare l'imputazione di atti contrari al diritto internazionale dei diritti umani e al diritto internazionale umanitario: v. par. 115 della sentenza.

¹⁰⁴ Ricorso n. 52207/99, decisione sulla ricevibilità resa dalla Grande Camera il 19 dicembre 2001. Per riferimenti in letteratura v. M. O'Boyle, *The European Convent.*, pagg. 125-140.

¹⁰⁵ Ibidem. Par. 80. vedi Ralph Wilde, "The "legal space" or "espace juridique" of the European Convention on Human Rights: is it relevant to extraterritorial state action?", in 10/2 *Eur. Hum. R. L. Rev.* 2005.

¹⁰⁶ Rispettivamente ricorso n° 71412/2001 e n° 78166/2001 del 31 maggio 2007.

responsabilità internazionale delle OO.II. e degli strumenti per farla valere.

2. Diritti umani e diritto internazionale generale

La trattazione della formazione delle norme di diritto internazionale generale relative alla tutela dei diritti umani costituisce una dimensione importante della nostra analisi con riferimento a diversi profili. In primo luogo, con l'eccezione della Convenzione sui diritti dei bambini e degli adolescenti, la partecipazione ai trattati internazionali sui diritti umani è lungi dall'essere universale. Per gli Stati che hanno accettato di vincolarsi ad una serie ridotta di obblighi convenzionali nella sfera dei diritti umani, il ricorso da parte del giudice interno a norme di diritto internazionale generale è fondamentale al fine di assicurare livelli minimi di protezione dei diritti fondamentali dell'individuo¹⁰⁷. Il dibattito sulla natura riproduttiva del diritto consuetudinario di norme convenzionali sui diritti umani ha avuto avvio con l'analisi della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Il documento finale della Conferenza di Teheran del 1968 recitava: "the Universal Declaration of Human Rights states a common understanding of the peoples of the world concerning the inalienable and inviolable rights of all members of the human family and constitutes an obligation for the members of the international community¹⁰⁸". E' solo in pronunce di organi individuali delle Nazioni unite¹⁰⁹ o di singoli Stati¹¹⁰ che viene affermata chiaramente la natura consuetudinaria di tutte le norme incluse nella Dichiarazione.

¹⁰⁷ Simma a questo proposito fa riferimento al noto caso *Filartiga c. Pena-Irala* e alla successiva giurisprudenza statunitense: 630 F. 2nd 876 (2nd Circ. 1980). Da questo punto di vista, c'è addirittura chi riconosce un processo in corso di de-convenzionalizzazione" del diritto internazionale dei diritti umani, una prospettiva a cui tuttavia noi abbiamo difficoltà ad accedere: v. Flauss, *La protection des droits de l'homme et les sources du droit international : rapport général* », SFDI, Colloque de Strasbourg, 29-31 Mai 1997, pag. 28.

¹⁰⁸ V. documento delle Nazioni unite: A/CONF.32/41.

¹⁰⁹ V.si la presa di posizione del 1988 del Segretario generale delle Nazioni unite Pérez de Cuéllar, il quale dichiarò che l'accettazione graduale e progressiva della Dichiarazione universale ha portato alla conclusione che "the Declaration constitutes binding law as international custom, in accordance with article 38 of the Statute of the International Court of Justice. Si trattava del lezione magistrale al ricevimento di una laurea honoris causa all'Università di Leida, 7 settembre 1988, citato in Menno Kamminga, *Inter-State Accountability...*, cit., pag 133. Il riconoscimento della natura consuetudinaria delle norme incluse nella Dichiarazione universale avrebbe il grande vantaggio di sancire il fatto che anche diverse norme sui diritti economici, sociali e culturali sono riproduttive del diritto consuetudinario: v. Philip Alston, *A Human Rights Perspective on the MDG...*, cit., par. 42.

¹¹⁰ V.si l'intervento dell'Amb. Masood Khan, Rappresentante permanente del Pakistan presso l'Ufficio delle Nazioni unite a Ginevra, 10 dicembre 2007: "The Universal Declaration is not a Treaty; but it is more than a Treaty. It is a powerful statement of common standards, an extension of the UN Charter, the basis for the International Bill of Human Rights and part of the international customary law. It is remarkable that the Declaration constitute a political consensus, despite the ideological, religious, intellectual and cultural diversity in the international community. It can thus be safely called the collective expression of human conscience". Già nella sentenza del 27 giugno 1986 sul caso *Nicaragua*, la Corte internazionale di giustizia aveva tuttavia osservato che l'assenza di un impegno formale da parte di uno Stato non equivaleva alla possibilità di violare impunemente i diritti umani. Una simile visione è stata poi ripresa in una risoluzione dell'Istituto di diritto internazionale del 13 settembre 1989. Nello stesso senso, v. Oscar Schachter, "International Law Implications of U.S. Human Rights Policies", 24 *NYLSLR* 1978. Infine, sulla medesima linea v. Corte di cassazione, *Ministero dell'Interno c. Rascid Kemali*, sentenza del 1° febbraio 1962 n°191. In letteratura, v. anche H. Hannun, 'The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law', 25 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 1995-1996, pagg. 287-397.

Tuttavia, al di là della questione della natura consuetudinaria della Dichiarazione universale sui diritti dell'uomo, ed in linea con l'approccio seguito nel precedente paragrafo, desideriamo porre qui l'accento sulla sistematica attività declaratoria relativa all'esistenza di determinate norme consuetudinarie sui diritti umani da parte di meccanismi quasi-giurisdizionali per la promozione e protezione dei diritti umani operanti nell'ambito del sistema delle Nazioni unite e residualmente da parte di organi politici delle Nazioni unite relativi alla promozione e protezione dei diritti umani¹¹¹. Dimosteremo come tali istanze hanno di fatto ampliato la loro sfera di controllo sull'operato dei governi da una parte, nonché il loro ruolo di indirizzo dell'azione pubblica statale dall'altra, facendo leva anche sull'esistenza di determinati obblighi di diritto internazionale consuetudinario in materia di diritti umani.

Una simile tendenza, accompagnata da un'accettazione sostanziale da parte della Comunità internazionale, comporta l'introduzione di elementi innovativi nel processo generale di formazione delle norme di diritto internazionale consuetudinario, il quale è stato significativamente definito come “un procédé volontariste de transformation rapide du droit¹¹²”.

Prima di importante presentare alcuni esempi di ricorso a norme di diritto consuetudinario nell'attività del sistema delle Nazioni unite per i diritti umani, è necessario contestualizzare meglio gli sviluppi nel procedimento relativo alla formazione del diritto internazionale generale.

2.1 Ricostruzione generale nella prassi e nella dottrina delle particolarità della formazione di norme di diritto internazionale generale relative ai diritti umani

La già Presidente della Corte internazionale di giustizia, il Giudice Higgins, ha avuto modo di osservare che la ragione per cui la norma relativa alla proibizione della tortura continua ad essere riconosciuta come riprodotiva del diritto consuetudinario, nonostante sia sistematicamente violata, è il fatto che siamo in presenza di una forte *opinio juris*, per cui tale norma continuerà ad esistere sino al momento in cui “la grande maggioranza degli Stati” non adotterà una condotta strutturale tale da far ritenere avvenuta la modifica dell'*opinio juris*¹¹³. La posizione della Higgins è del resto confortata dalla giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia, la quale nella sentenza relativa all' affare delle *Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua*, ha sottolineato che, al fine di ricavare l'esistenza di una norma consuetudinaria, non è indispensabile provare, né attendere l'esistenza di una prassi “perfetta”. A tale scopo, la Corte ritiene sufficiente che la condotta degli Stati sia, “in generale”, in linea

¹¹¹ V. *Roach e Pinkerton c. United States*, case 9647, Inter-American Commission on Human Rights, res. 3/87 del 22 settembre 1987.

¹¹² Cfr. Prosper Weil, “Le droit international en quête de son identité”, 237 RdC 9, 1992, pag. 160.

¹¹³ Cfr. Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, cit., pag. 22.

con tali norme, e che casi di azioni incompatibili con il dettato di tali norme vengano considerati come violazioni della norma, piuttosto che come indicazione dell'emergere di una nuova norma¹¹⁴. La Corte internazionale ha pertanto chiaramente fatto spazio ad un metodo ampiamente deduttivo per il riconoscimento della perdurante validità di una norma di diritto internazionale consuetudinario, pur precisando che è comunque necessario che la prassi successiva si mantenga generalmente conforme.

Secondo Meron, è proprio nella pronuncia *Nicaragua* che la Corte ha aggiunto un'altra indicazione utile al fine di individuare il metodo più appropriato per l'apprezzamento della prassi. Secondo la Corte internazionale di giustizia, infatti, per accertare l'avvenuta formazione di una norma di diritto internazionale consuetudinario, occorre fare riferimento non solo a pronunce ufficiali, ratifica di trattati, corrispondenza diplomatica, ma anche a risoluzioni e dichiarazioni di organizzazioni internazionali¹¹⁵. Un quadro simile del rapporto fra diritto consuetudinario e tutela dei diritti umani è quello delineato dal *Restatement of the Law Third, Restatement of the Foreign Relations Law of the United States*, che afferma la rilevanza di tutte le seguenti dinamiche:

virtually universal adherence to the United Nations Charter and its human rights provisions; virtually universal and frequently reiterated acceptance of the Universal Declaration of human rights, even if only in principle; virtually universal participation of States in the preparation and adoption of international agreements recognising human rights principles generally or particular rights; the adoption of human rights principles by States in certain regional organisations; general support by States for UN resolutions declaring, recognising, invoking and applying international human rights principles declared by international bodies [...]¹¹⁶.

¹¹⁴ V. *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* (Nicaragua c. United States), Merits, ICJ Reports 1986, (Judgement of 27 June), par. 184. La Corte aggiunge che, se uno Stato pone in essere una condotta che prima facie si ritiene incompatibile con il dettato di una norma consuetudinaria, e nel fare ciò si appella ad un'eccezione o giustificazione prevista dalla norma stessa, sia che tale comportamento sia giusticabile oppure no, ad ogni modo rafforza la norma stessa, piuttosto che indebolirla. Per una discussione, v. Kerney, *Sources of Law and the International Court of Justice*, in Gross, *The Future of the International Court of Justice*.

¹¹⁵ V. *Military and Paramilitary*, cit., par. 14. Per una discussione vedi Michael Byers, *Custom, Power and the Power of Rules* pagg. 134-135. Secondo il Comitato sulla formazione del diritto consuetudinario dell'International Law Association, presieduto da Brownlie, la prassi sarebbe definita dai seguenti dispositivi: dichiarazioni diplomatiche, dichiarazioni politiche, dichiarazioni alla stampa, manuali ufficiali, istruzioni alle forze armate, commenti dei Governi su progetti di convenzioni internazionali, dichiarazioni e risoluzioni nell'ambito di organizzazioni internazionali: v. 4th Interim Report of the Committee: The Objective Element in Customary Law, International Committee on the Formation of Customary (General) International Law, International Law Association, Taipei Conference, 1998, pag. 4, citato in Theodor Meron, *International Law in the Age of Human Rights*, cit., pag. 378. E' infine oggetto della discussione se, e come, la prassi statale comprenda non solo l'espressione della loro condotta esterna, ma anche questioni interne come la legislazione interna, giurisprudenza, dispacci diplomatici, note dell'Esecutivo, dichiarazioni del Governo di fronte al Parlamento: v. Oppenheims International Law, pag. 26, 9th edition, 1992.

¹¹⁶ Secondo il paragrafo 703 del Restatement, uno Stato viola norme di diritto internazionale consuetudinario sui diritti umani se "as a matter of State policy, it practices, encourages or condones, genocide, slavery or slave trade, murder or causing the disappearance of individuals, torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, prolonged arbitrary detention, systematic racial discrimination or a consistent pattern of gross violations of internationally recognised human rights".

Tale impostazione è confermata da una dottrina autorevole. Ad esempio sia Sohn che Buergenthal hanno sostenuto che le dichiarazioni di principi proclamati in particolare dall'Assemblea generale delle Nazioni unite assumano nella prassi attuale non solo il punto di partenza per lo sviluppo progressive (ed eventuale) di una consuetudine, ma possano configurare di per sé un “law-making process which is more or less complete in itself, even in the case of contrasting external facts¹¹⁷”.

Simma ed Alston invece hanno messo in guardia da un'impostazione che finisca per svalutare il ruolo della prassi statale nella identificazione di norme di diritto internazionale consuetudinario, con il rischio che il processo di creazione del diritto internazionale consuetudinario si trasformi, per utilizzare le parole dei due autori, in un “self-contained exercise in rhetoric”.

I due studiosi propongono quindi due approcci alternativi al fine di identificare l'esistenza di norme di diritto consuetudinario in materia di diritti umani. In primo luogo, vi l'approccio cui essi non accedono per cui il corpus giuridico del diritto internazionale dei diritti umani – codificato progressivamente a partire dalla Dichiarazione universale del 1948 attraverso la negoziazione di trattati tematici e di strumenti di soft law - non rappresenterebbe altro che un'interpretazione autentica delle due norme di diritto convenzionale contenute nella Carta delle Nazioni unite e relative alla tutela dei diritti umani, ossia l'articolo 55 e l'articolo 56¹¹⁸. Tale dottrina è simile all'impostazione autorevolmente affermata dalla Corte inter-americana dei diritti umani per cui la Dichiarazione americana sui diritti e i doveri dell'uomo costituisce un'interpretazione autentica delle norme sui diritti umani comprese nella Carta dell'Organizzazione degli Stati americani¹¹⁹. E' stato ancora osservato come nel suo Parere consultivo sulla *Namibia* del 1971, la Corte internazionale di giustizia abbia dichiarato la discriminazione razziale una “flagrant violation of the purposes and principles of the Charter¹²⁰”.

Una seconda soluzione alternativa, alla quale i due autori mostrano di volere aderire, è quella di configurare determinati diritti umani come principi generali di diritto internazionale. Per affermare l'esistenza di tali principi, sarebbe necessario il medesimo “kind of convincing evidence of acceptance and recognition” al fine di ricostruire l'esistenza di diritto internazionale consuetudinario. Tuttavia, in questo caso non si tratterebbe necessariamente di prassi statale,

¹¹⁷ V. Louis B. Sohn, “The New International Law : Protection of the Rights of Individuals Rather than States”, 32 *American University Law Review* 1982, pag. 17 e Thomas Buergenthal, “International Human Rights Law and Institutions: Accomplishments and Prospects”, 63 *Washington Law Review* 1988, pag. 1

¹¹⁸ Bruno Simma e Philip Alston, “The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens and General Principles”, 12 *Australian Yearbook of International Law* 1992, pagg.89-90

¹¹⁹ Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man Within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights, Advisory Opinion OC-10/89, July 1989, par. 43.

¹²⁰ Par. 57.

bensi di una “variety of ways in which moral and humanitarian considerations find a more direct and spontaneous expression in legal form¹²¹”. Dalla nostra prospettiva, tuttavia, ci chiediamo se una simile proposta – senz’altro motivata dalla genuina intenzione di evitare che il processo di riconoscimento di norme di diritto consuetudinario relative alla tutela dei diritti umani si appiattisca in un esercizio circolare di retorica – serva veramente allo scopo. Un simile approccio infatti, nella misura in cui vuole mantenere rilievo centrale alla prassi, ma sfumandone il contenuto, si risolve a ben vedere in un processo di alleggerimento del test della prassi “estesa ed uniforme”, considerato dalla dottrina tradizionale quale elemento indispensabile per il riconoscimento di una norma di diritto consuetudinario, senza riuscire a sostituirvi un chiaro parametro alternativo¹²². A conferma della loro intuizione, Simma ed Alston richiamano attenzione sul fatto che la Corte internazionale di giustizia avrebbe attentamente evitato di fare specificamente riferimento al diritto internazionale consuetudinario nei diversi *obiter dicta* relativi a diritto dei diritti umani e diritto internazionale generale¹²³. Infine, secondo gli autori, il fatto stesso che il diritto cogente non sia soggetto ad alcuna dimostrazione di prassi, e che la maggior parte, se non tutte, le norme internazionali di diritto cogente siano costituite da norme sui diritti umani, sarebbe un’ulteriore riprova della fondatezza della loro tesi.

2.2 Esempi di prassi nei sistemi di tutela dei diritti umani

Pur senza voler anticipare troppo la discussione che svilupperemo nella terza parte del lavoro, vogliamo mettere in risalto la situazione per cui i Comitati sui diritti umani delle Nazioni unite hanno affermato che determinate norme integrate in Convenzioni internazionali sui diritti umani sono riproduttive di diritto internazionale consuetudinario. Il Comitato delle Nazioni unite contro la tortura, nel suo Commento generale n°2, ha affermato ad esempio che

¹²¹ Questo pensiero è coerente con l’impostazione di Van Boven, *Survey of Positive Law of Human Rights*, in K. Vasak e P. Alston (a cura di), *The International Dimensions of Human Rights*, vol. 1 (1982), pag. 107.

¹²² Successivamente, Simma è tornato sulla questione del rilevamento del diritto consuetudinario in materia di tutela dei diritti umani, avanzando una tesi estrema forse anche con un intento provocatorio. L’unica norma di diritto internazionale consuetudinario relativa alla tutela dei diritti umani sarebbe procedurale, e più in particolare sarebbe costituita dal ‘droit de regard’ da parte del sistema delle Nazioni unite dei diritti umani o altre istanze multilaterali, sulle situazioni interne relative alla protezione e promozione dei diritti umani. Tale ‘droit de regard’ farebbe tuttavia esclusivamente riferimento a “gross infringements of human rights and a correlative inroad into national sovereignty”. Sarebbero tali, secondo Simma, quelle “serious breaches on a widespread scale of international obligations of essential importance for safeguarding the human being, such as those prohibiting slavery, genocide and apartheid”. V. Bruno Simma, *International Human Rights and General International Law*, cit., pagg. 221-222.

¹²³ In *Corfu Channel*, ad esempio, la Corte ha parlato di “obligations [...] based [...] on certain general and well recognised principles” comprendenti “elementary considerations of humanity : cfr. par. 22. Nella di poco successiva Opinione consultiva sulla Convenzione sul genocidio la Corte osserva che “the principles underlying the Convention are principles which are recognised by civilised nations as binding on states even without any conventional obligation : cfr. par. 23.

sin dal momento dell'adozione della Convenzione contro la tortura il carattere non derogabile della proibizione della tortura è stato accettato come un obbligo internazionale di natura consuetudinaria¹²⁴. In questo caso, il Comitato si è presumibilmente proposto di rafforzare il livello di protezione delle norme previste nella Convenzione sulla tortura, affermando che oltre a costituire obblighi di natura convenzionale e pertanto volontari, contemporaneamente esse formano parte del diritto generale. Tale approccio trova legittimazione nella giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia, la quale nel già citato parere consultivo sulle *Riserve alla Convenzione sul genocidio* ha osservato che “the principles underlying the Convention are principles which are recognized [...] as binding on States, even without any conventional obligation¹²⁵”. Inoltre nella sentenza del 1969 relativa all' affare della *Piattaforma continentale del mare del Nord*, la stessa Corte ha riconosciuto la possibilità che una determinata norma di diritto consuetudinario si formi in tempi relativamente brevi sulla base di una norma convenzionale¹²⁶.

In tali casi occorre riflettere al fatto che le medesime norme sui diritti umani, previste tanto nel diritto generale quanto nel diritto convenzionale, mantengono un'autonoma esistenza e potrebbero per questo motivo essere soggette a metodi di interpretazione ed applicazione autonomi. Per l' articolo 31, 2 comma lett. (b) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati ad esempio, la prassi successiva nell'attuazione di un trattato può rilevare come espressione dell'accordo delle Parti relativamente alla sua interpretazione, mentre il giudice nazionale o internazionale che si accinge ad interpretare una tale norma può fare riferimento al diritto consuetudinario al fine di orientarsi con riguardo a quelle aree rimaste senza specifica regolazione.

I Comitati onusiani sui diritti umani hanno inoltre fatto riferimento ad argomentazioni simili al fine di proteggere il contenuto dei trattati sui diritti umani da riserve o dichiarazioni interpretative che si possano dimostrare incompatibili con l'oggetto e lo scopo del trattato in questione. Nel già citato Commento generale n°24 del Comitato dei diritti umani, si osserva che le norme del Patto internazionale sui diritti civili e politici che costituiscono diritto consuetudinario non possono essere soggette a riserve e che, “di conseguenza”:

a State may not reserve the right to engage in slavery, to torture, to subject persons to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, to arbitrarily deprive persons of their lives, to arbitrarily arrest and detain persons, to deny freedom of thought, conscience and religion,

¹²⁴ V. Comitato delle Nazioni unite contro la tortura, General Comment 2 (Implementation of Article 2 by States Parties , par. 1.

¹²⁵ *Cit.*, par. 23.

¹²⁶ Tuttavia la Corte ha constatato che “an indispensable requirement would be that within the period in question, short though it might be, State practice, including that of States whose interests are specially affected, should have been both extensive and virtually uniform in the sense of the provision invoked; – and should moreover have occurred in such a way as to show a general recognition that a rule of law or legal obligation is involved”.

to presume a person guilty unless he proves his innocence, to execute pregnant women or children, to permit the advocacy of national, racial or religious hatred, to deny to persons of marriageable age the right to marry, or to deny to minorities the right to enjoy their own culture, profess their own religion, or use their own language¹²⁷.

Similmente, il Comitato sui diritti dei bambini e degli adolescenti ha affermato che “[t]he principles of the Convention cannot be rendered null and void, having been firmly established through international customary law¹²⁸”, laddove presumibilmente tali principi sarebbero costituiti dai cosiddetti ‘core principles’ della Convenzione, ossia non discriminazione, ‘principio del massimo interesse del minore’, diritto alla vita, alla sopravvivenza e allo sviluppo e rispetto per il punto di vista del minore. Significativamente, non risultano contestazioni da parte degli Stati parti di una simile valutazione del Comitato, che pure si presta a dubbi legittimi, nel momento in cui il principio del rispetto del punto di vista del minore – per citare un caso limite – non sembra costituire un riferimento strutturale nelle legislazioni nazionali della maggior parte degli Stati membri delle Nazioni unite. Al fine di contestare la compatibilità di una riserva opposta dagli Stati uniti al Patto sui diritti civili e politici, il Comitato dei diritti umani, ha ancora affermato che “[t]he imposition of the death penalty in cases involving persons under 18 years of age was not in conformity with international standards, which could be considered part of international customary law¹²⁹”.

In specifiche occasioni, Procedure speciali della Commissione dei diritti umani/Consiglio dei diritti umani, la cui azione si fonda sul ruolo delle Nazioni unite relativo alla promozione e protezione dei diritti umani previsto dalla Carta, hanno ricostruito degli obblighi in base al diritto internazionale consuetudinario in relazione a Stati che non hanno acceduto a determinate convenzioni internazionali sui diritti umani. Ad esempio, il Relatore speciale della Commissione dei diritti umani sulle esecuzioni extra-giudiziarie, sommarie o arbitrarie ha sostenuto che “[t]he manner in which the death penalty is imposed and carried out in the Sudan does not conform to the safeguards and restrictions under international customary law¹³⁰”. Ancora, il Relatore speciale del Consiglio sulla situazione dei diritti umani in Myanmar, con riferimento ai tragici atti del novembre 2007, ha sostenuto che l’uso della forza da parte delle autorità birmane “was inconsistent with the fundamental principles reflected in the basic international norms deriving from international customary law¹³¹”.

¹²⁷ V. General Comment No. 24, Issues relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in relation to declarations under article 41 of the Covenant, del 4 novembre 1994, contenuto nel documento CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, par. 8. Il Comitato osserva anche che “while reservations to particular clauses of article 14 may be acceptable, a general reservation to the right to a fair trial would not be”.

¹²⁸ Cfr. Committee on the rights of the child, CRC/C/93/Add.1, 19 September 2002.

¹²⁹ Cfr. summary record of the 1402nd meeting, CCPR/C/SR.1402, 17 April 1995.

¹³⁰ Cfr. Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, contenuto nel document delle Nazioni unite E/CN.4/2005/7/Add.2, par. 57.

¹³¹ Cfr. Rapporto A/HRC/6/14.

E' infine interessante analizzare i riferimenti al diritto consuetudinario nel dibattito sulla riforma del sistema delle Nazioni unite sui diritti umani e quindi la definizione delle funzioni del nuovo Consiglio dei diritti umani delle Nazioni unite. Più in particolare, nel corso dello sviluppo del nuovo meccanismo di Universal Periodic Review (UPR), è stata presa in considerazione la possibilità di includere le norme di diritto internazionale consuetudinario sui diritti umani tra le fonti che costituiscono la base per l'analisi di ciascuno dei Paesi presi in considerazione dal meccanismo, e tale proposta aveva trovato l' appoggio di vari Paesi, in particolare dell' America Latina¹³². Tuttavia, la versione finale della risoluzione 5/1 del Consiglio, istitutiva del Periodic Review, non fa riferimento al diritto internazionale generale, allorché afferma che la situazione dei diritti umani di ciascuno Stato sarà valutata in base all'attuazione della Carta delle Nazioni unite, della Dichiarazione universale dei diritti umani, dei trattati sui diritti umani a cui uno Stato è parte e agli impegni volontari assunti da ciascuno Stato al momento della propria candidatura a divenire membro del Consiglio¹³³.

Da questo breve excursus riteniamo anzitutto il fatto che la formazione di norme a tutela dei diritti umani di natura consuetudinaria da parte di organi quasi-giurisdizionali o politici delle Nazioni unite sia per il momento limitata ad un numero ridotto di situazioni, relative in particolare alla tutela di diritti civili e politici¹³⁴. Nonostante le dichiarazioni a supporto della natura consuetudinaria della Dichiarazione universale riportate sopra, permangono delle resistenze da parte degli Stati ad affermare esplicitamente l'esistenza di determinate norme sui diritti umani come riprodottrici del diritto consuetudinario.

Vi è tuttavia un'altra considerazione che ha portato parte della dottrina a contestare il ruolo degli organi delle Nazioni unite nella creazione per così dire "istantanea" di norme a tutela dei diritti umani di cui si possa affermare una genuina natura consuetudinaria, e questa è dovuta al fatto che nel momento stesso in cui tali norme sono dichiarate vincolanti sulla base del diritto consuetudinario, la realtà dei fatti dimostra purtroppo come esse rischiano spesso di essere violate, talora in modo sistematico, e a prescindere dall' area geografica o dal grado di sviluppo

¹³² V. Summary of the Discussion Prepared by the Secretariat, Implementation of General Assembly Resolution 60/251 of 15 March 2006 Entitled "Human Rights Council", Intersessional open-ended intergovernmental working group to develop the modalities of the universal periodic review mechanism established pursuant to Human Rights Council decision 1/103, A/HRC/3/CRP.1 del 30 novembre 2006, par. 21. A favore di questa possibilità numerosi Paesi dell'America Latina, come Uruguay, Argentina, Cile, Costa Rica, Ecuador, Panama, Paraguay, Perù e Messico.

¹³³ Come riportato dal Segretariato in una sintesi dei lavori preparatori della risoluzione 5/1, a proposito dell'introduzione del diritto internazionale generale come base giuridica dello UPR, numerose delegazioni "questioned the lack of specificity and noted that there was no clear and universal agreement on what these constituted, particularly considering differences in legal systems across countries and national specificities.

¹³⁴ Un'eccezione è costituita dal diritto alla vita, qualificato dal Comitato dei diritti umani nel suo Commento generale 24 come parte del diritto consuetudinario e nel Commento generale 6 del 1984 come comprensivo di una serie di diritti economici, sociali e culturali. Nella letteratura vi è poi persino chi ha sostenuto che gli Obiettivi di sviluppo del millennio 'arguably have the status of international customary law'. Gobind Nankani, John Page e Lindsay Judge, *Human Rights and Poverty Reduction Strategies: Moving Towards Convergence?*, in Philip Alston e Mary Robinson (a cura di), *Human Rights and Development: Towards Mutual Reinforcement*, Oxford, OUP, 2005.

degli Stati.¹³⁵ Svolgono una funzione essenziale a questo proposito le dichiarazioni e risoluzioni adottate dall'Assemblea generale delle Nazioni unite. E' noto ad esempio il riferimento della Corte internazionale di giustizia nel parere sulla liceità dell'uso o della minaccia dell'uso di armi nucleari, in cui si sottolinea che le rilevanti risoluzioni furono adottate con un "substantial number of negative votes and abstentions" e "fell short of establishing opinio juris"¹³⁶.

3. Jus cogens e diritti umani

Strettamente legata alla questione del rapporto tra diritti umani e diritto internazionale consuetudinario, vi è la questione della verticalizzazione delle fonti, ed in particolare al rapporto tra norme imperative di diritto internazionale e norme sui diritti umani¹³⁷. E' importante a nostro avviso situare l'analisi della tematica in questo momento del nostro ragionamento, sebbene essa non sia priva di nessi significativi con l'analisi del diritto dei trattati. Al di là dell' ovvio richiamo all' articolo 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, la Commissione del diritto internazionale, ha anche chiarito che una norma di diritto cogente potrebbe anche derivare da un trattato¹³⁸. Le seguenti casistiche sono state indicate dalla Commissione come esemplificative di trattati in violazione dell'articolo 53 perché in contrasto con norme di jus cogens: 1. Un trattato che prevede il ricorso illegale alla forza armata in maniera inconsistente rispetto al disposto della Carta delle Nazioni unite; 2. un trattato che prevede l'attuazione di ogni altro 'atto criminale' secondo il diritto internazionale e 3. Un trattato che prevede o sostiene la commissione dei seguenti atti: il commercio di schiavi, la pirateria, o il genocidio, atti "in the suppression of which every State is called upon to co-operate", nonché ancora trattati violanti I diritti umani, l'uguaglianza tra Stati e il principio di auto-determinazione"¹³⁹.

¹³⁵ Questo è ciò che Simma definisce "il momento della verità" per il diritto consuetudinario sui diritti umani": cfr. Bruno Simma, *International Human Rights and General International Law*, cit., pag. 225.

¹³⁶ Par. 75. Noto, in questo senso, anche il ricorso nel caso Tadic del Tribunale internazionale per la Ex-Yugoslavia alle risoluzioni dell'Assemblea generale 2444 del 1968 e 2675 del 1970, affermanti una serie di "basic principles for the protection of civilian populations in armed conflicts". In proposito v. Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, OUP, 2006, pag. 103.

¹³⁷ Per ulteriori indicazioni bibliografiche e per una ricostruzione sintetica v. Robert Kolb, "Théorie du ius cogens international", *Revue belge de droit international* 2003, pagg. 5-55 e Dinah Shelton, "Normative Hierarchy in International Law", *AJIL*, 2006, pagg. 291-323.

¹³⁸ Come ha messo in luce la Commissione di diritto internazionale: "[i]t is not the form of a general rule of international law but the particular nature of the subject-matter with which it deals that may, in the opinion of the Commission, give it the character of jus cogens", *Yearbook of the ILC* 1966, pag. 248, citato in Andrea Bianchi, "The Magic of Jus Cogens", 19 *EJIL* 2008, pag. 493.

¹³⁹ Cfr. *YILC*, 1966, vol. II, pag. 248.

Inoltre, certamente la tematica dello jus cogens è legata anche alla questione del regime delle riserve. In questo senso, nella sentenza del 2006 relativa all'affare *Repubblica democratica del Congo c. Ruanda (obiezioni preliminari)*, la Corte internazionale di giustizia si è pronunciata sull'effetto delle riserve formulate rispetto alla Convenzione contro il genocidio, rifiutando di accogliere la tesi della Repubblica democratica del Congo dell' inammissibilità di una riserva che escluda la competenza della medesima Corte ad esercitare la propria giurisdizione in caso di controversie relative alla Convenzione – la quale, a detta della Corte, pur riproduce norme di diritto cogente. La Corte ha pertanto riaffermato la natura consensualistica della propria competenza ed è giunta alla conclusione che una tale riserva non sia contraria all' oggetto e allo scopo del trattato¹⁴⁰. La tematica dello jus cogens è anche strettamente connessa al regime della responsabilità, tema che sarà trattato nel capitolo successivo, con specifico riferimento alle norme che stabiliscono degli obblighi *erga omnes*¹⁴¹. Occorre segnalare – come riconosciuto dalla Commissione del diritto internazionale – che le due categorie di norme sono ampiamente coincidenti in sostanza, sebbene presentino funzioni distinte¹⁴².

Tuttavia, desideriamo trattare del diritto cogente a questo punto del nostro lavoro poiché, come risulta dall' articolo 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, una norma imperativa è una norma del diritto internazionale *generale* alla quale non è consentita alcuna deroga e che può essere modificata soltanto da un'altra norma del diritto internazionale generale avente lo stesso carattere. La Convenzione, inoltre, definendo le norme di diritto cogente come norme “accettate e riconosciute” come tali dalla Comunità internazionale degli Stati nel suo insieme, sembra volere porre l'accento sull'esistenza dell'opinio juris piuttosto che sulla prova di una prassi estesa ed uniforme, confermando pertanto una tendenza di evoluzione della produzione del diritto internazionale consuetudinario già segnalata nel paragrafo precedente. In tal senso, condividiamo l'opinione di chi considera l'istituto del diritto cogente come una

¹⁴⁰ E pertanto, senza entrare nella questione posta dal Congo relativamente al suo ruolo nella soluzione di controversie relative allo jus cogens, e sottolineando semplicemente che: “the fact that a dispute relates to compliance with a norm having such a character, which is assuredly the case with regard to the prohibition of genocide, cannot of itself provide a basis for the jurisdiction of the Court to entertain that dispute”: cfr. par. 64. Occorre tuttavia sottolineare come - in un'Opinione annessa - il giudice ad hoc Dugard abbia tuttavia messo in evidenza come l'ambito di applicazione dello jus cogens si presti a dei limiti considerevoli. Per un commento, v.si Frédéric Dopagne, 53 *Annuaire français de droit International* 2007, pagg. 328-346.

¹⁴¹ V. Michael Byers, “Conceptualising the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules”, *Nordic Journal of International Law* 1997, pagg. 211-239.

¹⁴² V.si il Commentario al Capitolo III del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati, in cui la Commissione ritiene che gli esempi dati dalla Corte Internazionale di giustizia di obbligazioni nei confronti della Comunità internazionale nel suo insieme coincidono con norme generalmente accettate di natura cogente. Viceversa, gli esempi dati dalla Commissione nel suo Commentario all'articolo 53 della futura Convenzione di Vienna implicano l'esistenza di norme di diritto cogente. Tuttavia, la Commissione sottolinea che “[w]hile peremptory norms of general international law focus on the scope and priority to be given to a certain number of fundamental obligations, the focus of obligations to the international community as a whole is essentially on the legal interest of all States in compliance—i.e. in terms of the present articles, in being entitled to invoke the responsibility of any State in breach”: cfr. *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries of 2001*, pag. 112.

dimensione intrinseca al processo di costituzionalizzazione dell'ordine internazionale – sebbene ci sembri che per il momento questo appaia più in potenza che in atto¹⁴³.

Se alcuna convenzione sui diritti umani fa esplicito riferimento testuale allo jus cogens, occorre riconoscere come uno stretto rapporto tra queste due categorie dati indietro nel tempo. Come si ricorderà, già nel 1937, introducendo il concetto di diritto cogente nel dibattito scientifico internazionale, Verdross aveva utilizzato esempi relativi alla violazione dei fondamentali diritti umani per sostenere la tesi della nullità di determinati.¹⁴⁴ Nel presentare il suo primo Rapporto sul tema del diritto dei trattati alla Commissione del diritto internazionale¹⁴⁵, il quale prevedeva una prima definizione di diritto cogente, Sir Waldock citava tre situazioni giuridiche come esemplificative di tale corpus: l'uso illegale della forza, i crimini internazionali e “gli atti o omissioni la cui soppressione è richiesta dal diritto internazionale”. Alla luce della prassi giurisprudenziale nazionale ed internazionale, tuttavia, occorre immediatamente tracciare un distinguo tra crimini internazionali (definiti del resto fondamentalmente su base pattizia nel diritto internazionale penale) e norme di diritto imperativo: se è argomentabile che i primi facciano parte dei secondi, l'inverso non risulta invece dimostrabile. Ad esempio, la norma internazionale proibitoria della discriminazione razziale è stata riconosciuta come norma erga omnes dalla Corte internazionale di giustizia¹⁴⁶, e in quanto tale si potrebbe ritenere abbia assunto natura di norma perentoria, mentre non si può dire infatti che essa costituisca un crimine internazionale.

E' ben nota la reticenza della Corte internazionale di giustizia a fare riferimento al concetto di jus cogens¹⁴⁷. In un dictum del parere sul caso della *liceità della minaccia o uso di armi nucleari*, la Corte sostiene che un gran numero di norme di diritto internazionale

¹⁴³ E' significativo citare due figure retoriche che sono state utilizzate in dottrina per descrivere lo jus cogens, ossia l'immagine di un'autovettura che non lascia mai il suo garage (Ian Brownlie), o quella di una scatola vuota, “la quale tuttavia almeno può essere riempita” (Abi-Saab).

¹⁴⁴ Egli sosteneva che sosteneva che un trattato “binding a State to reduce its police or its organisation of courts in such a way that it is no longer able to protect at all or in an adequate manner the life, the liberty and the honour and the property of men on its territory was to be regarded as forbidden in international law”: Cfr. Alfred Verdross, “Forbidden Treaties in International Law”, 31 *AJIL* 1937, pag. 574, citato in Andrea Bianchi, “The Magic of Jus Cogens”, cit., pag. 492. V. anche Alfred Verdross, “Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law”, *AJIL* 1966, pagg. 55-63. E' altresì celeberrima l'Opinione dissidente del Giudice Tanaka nel caso South West Africa, per cui “[i]f we can introduce in the international field a category of law, namely jus cogens, recently examined by the International Law Commission, a kind of imperative law which constitutes the contrast to jus dispositivum, capable of being changed by way of agreement between States, surely the law concerning the protection of human rights may be considered to belong to the jus cogens”: cfr. ICJ Reports 1966, pag. 298.

¹⁴⁵ V. First Report on the Law of Treaties by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, A/CN.4/144/Add.1

¹⁴⁶ V. *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, (nouvelle requête: 1962), (Belgique c. Espagne) deuxième phase, par 34.

¹⁴⁷ Nel Parere consultivo sulla liceità dell'uso delle armi nucleari (par. 38), la Corte sostiene che nella richiesta di Opinione consultiva, l'Assemblea generale non solleva la questione del carattere delle norme di diritto internazionale umanitario applicabili nel caso del ricorso ad armi nucleari, e per tale motivo ritiene non vi sia nessun motivo di pronunciarsi. V. supra re: caso Congo c. Ruanda, pag. 117.

umanitario sono costituiscono “intransgressible principles of international customary law¹⁴⁸. E’ solo con la sentenza sulle obiezioni preliminari nel caso *Congo c. Ruanda* sopra citata che la Corte finalmente utilizza il termine “diritto cogente”, in relazione alla Convenzione sulla prevenzione e la repressione del crimine di genocidio, anche se – come si è detto – in tale caso ha dovuto declinare la giurisdizione. Clapham inoltre sottolinea alcune delle conseguenze che derivano da una violazione di una norma di diritto cogente, come riconosciuto dal Tribunale internazionale per la Ex-Yugoslavia in un molto dibattuto obiter dictum nel caso *Furundzija*¹⁴⁹, e nello specifico la violazione del divieto di tortura. In particolare, il fatto che “the higher rank of the principle at issue” implica la non possibilità di derogare a tali norme; il fatto che il riconoscimento della violazione della proibizione della tortura comporti la delegittimizzazione degli atti legislativi, amministrativi o giuridici che abbiano determinato tale violazione; il fatto che la vittima possa agire in sede civile e richiedere la riparazione in un tribunale straniero, il quale “would be therefore asked inter alia to disregard the legal value of the national authorising act”; il fatto che tutti gli Stati sarebbero legittimati a condurre delle indagini, perseguire penalmente, punire od estradare gli individui responsabili di una violazione della tortura presenti entro la loro giurisdizione¹⁵⁰.

Nella giurisprudenza della Corte inter-americana¹⁵¹ si rinviene invece l’affermazione che la non-discriminazione è parte del diritto cogente, dal momento che esso è “intrinsically related to the right to equal protection before the law, [...], directly from the oneness of the human family and is linked to the essential dignity of the individual”. Purtroppo, nella discussione del caso, la Corte cita erroneamente a supporto della propria tesi le sentenze della Corte internazionale di giustizia nei casi *Bosnia-Erzegovina c. Yugoslavia* (obiezioni preliminari) e *Barcelona Traction*, le quali tuttavia non fanno riferimento alla questione del diritto cogente, segno dell’opportunità di affrontare la tematica in parola con grande prudenza¹⁵². Più recentemente, nella sentenza sul caso *Goiburú e altri c. Paraguay*, la Corte inter-americana ha qualificato il divieto di sparizione forzata e di tortura e l’obbligo di intraprendere delle indagini e criminalizzare i responsabili ha assunto il carattere di jus cogens. Nel caso *Al-Adsani c. Regno Unito*¹⁵³, la Corte di Strasburgo accetta che “the prohibition of torture has

¹⁴⁸ Parere consultivo sulla Liceità della minaccia, cit., par. 79.

¹⁴⁹ Sentenza del 10 dicembre 1998, par 155 e note a piè di pagina corrispondenti (170-174).

¹⁵⁰ Parr. 153-157.

¹⁵¹ V. Opinione consultiva del 2003 sulla questione della situazione e i diritti dei migranti senza documenti. Per un commento, v. S. H. Cleveland, “Legal Status and Rights of Undocumented Workers. Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinion on the Rights of Undocumented Migrant Workers”, *AJIL*, 2005, pagg. 460-465.

¹⁵² Al paragrafo 98, la Corte sostiene che il concetto di jus cogens “has been developed by international case law and legal writings”, e cita in nota (n°44): Trial Chamber II, Prosecutor v. Anto Furundzija, Judgment of 10 December 1998, Case No. IT-95-17/1-T, par. 137-146, 153-157; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996, pag. 595; Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970, pag. 3, and Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951, pag. 15.

¹⁵³ Ricorso 35763/97, sentenza del 21 novembre 2001.

achieved the status of a peremptory norm in international law”.

Hanno un ambito d’applicazione decisamente più esteso le pronunce connesse al diritto cogente nel sistema quasi-giurisdizionale onusiano per i diritti umani. Confineremo la nostra analisi alle sole pronunce di organi onusiani e di rappresentanti governativi, pur sottolineando come la Commissione dei diritti umani abbia dato voce anche a rappresentanti di organizzazioni non-governative le quali hanno sostenuto che le norme sui diritti umani le più varie sarebbero riprodotte di diritto cogente, dalla proibizione della pena capitale alla coscrizione obbligatoria dei minori nelle forze armate. Il Comitato dei diritti umani ha definito i seguenti diritti umani come protetti dal diritto cogente: privazione arbitraria della vita, tortura ed altri trattamenti inumani o degradanti presa di ostaggi, imposizione di punizioni collettive, privazioni arbitrarie della libertà, o devianti dai principi fondamentali del giusto processo, compresa la presunzione di innocenza.

Nel suo Commento generale n° 2, ad esempio, il Comitato contro la tortura afferma che: “Since the adoption of the Convention against Torture, the non-derogable character of this prohibition has become accepted as a matter of customary international law¹⁵⁴”. In un Rapporto di un Comitato d’inchiesta ad hoc relativo all’attuazione da parte del governo di Myanmar della Convenzione OIL n°29 sul lavoro forzato, si sostenne che tale pratica costituisce un crimine contro l’umanità e viola una norma di diritto cogente¹⁵⁵. Il Comitato delle Nazioni unite sui diritti umani, inoltre, nel suo Commento generale n°29 relativo allo stato di emergenza, osserva che l’elenco di diritti non-derogabili riprodotto nell’articolo 4 del Patto è strettamente connesso, ma non identico, al contenuto del diritto internazionale cogente¹⁵⁶. Il Comitato sostiene tuttavia che “State parties may in no circumstances invoke Article 4 of the Covenant as justification for acting in violation of humanitarian law or peremptory norms of international law, for instance by taking hostages, by imposing collective punishments, through arbitrary deprivation of liberty or by deviating from fundamental principles of fair trial, including the presumption of innocence”. Durante la discussione di un Rapporto periodico inviato dal Kuwait, uno degli esperti ebbe modo di affermare che: “It should be

¹⁵⁴ V. Comitato delle Nazioni unite contro la tortura, General comment no. 2 -Implementation of article 2 by States Parties.

¹⁵⁵ V. Report of the Commission of Inquiry appointed under article 26 of the Constitution of the International Labour Organization to examine the observance by Myanmar of the Forced Labour Convention, 1930 (No. 29). Geneva, del 20 agosto 1998.

¹⁵⁶ V. in proposito i verbali della seduta del Comitato del 24 ottobre 2000: “Mr. Klein said that it was appropriate to draw a distinction between rights that were non-derogable under article 4.2 of the Covenant and provisions of general public international law that constituted an impediment to derogation. It was basically immaterial in the context of the Covenant whether the rights listed in article 4.2 were peremptory norms of international law (jus cogens). Other rights, however, might be non-derogable solely on the grounds of their peremptory nature. He therefore agreed with the content of the last sentence of paragraph 8 but suggested that it be reworded to read “States parties may not invoke article 4 of the Covenant as justification for taking hostages by derogating from article 9 of the Covenant or for imposing collective punishments by derogating from article 14 (...)”: cfr. Summary record of the 1874th meeting :cfr. documento CCPR/C/SR.1874. (Summary Record).

remembered that the principle of non-discrimination was more than a human right, it was a basic principle of *jus cogens*¹⁵⁷”. Si presta invece ad un’incerta interpretazione il seguente paragrafo di una risoluzione intitolata “Right of the Palestinian people to self-determination” e adottata dal Consiglio dei diritti umani delle Nazioni unite lo scorso 18 marzo 2008:

Reaffirming the right of the Palestinian people to self-determination in accordance with the provisions of the Charter of the United Nations, the relevant United Nations resolutions and declarations, and the provisions of international covenants and instruments relating to the right to self-determination as an international principle and as a right of all peoples in the world, as it is a *jus cogens* in international law and a basic condition for achieving a just, lasting and comprehensive peace in the region of the Middle East.

E’ infatti vero da una parte che il principio dell’auto-determinazione dei popoli è stato citato ad esempio in sede di discussione del primo progetto di articoli della Commissione del diritto internazionale sul diritto dei trattati come esempio di diritto cogente¹⁵⁸; lo stesso principio è stato inoltre qualificato dalla Corte internazionale di giustizia come istitutivo di un obbligo *erga omnes*¹⁵⁹. E’ altresì vero tuttavia che in questo caso specifico – eccezionalmente – si è registrato il dissenso da parte di alcune delegazioni nazionali intervenute in sede di discussione di tale iniziativa di fronte al Consiglio¹⁶⁰. Il fatto che tali voci si siano levate con specifico riferimento a questo e non ad altri casi è significativo ad ogni modo dell’esistenza di una tendenza all’accettazione di fatto - come vedremo meglio nella terza parte del presente lavoro - da parte degli Stati della prassi del sistema onusiano dei diritti umani come ricognitiva di norme di diritto cogente, relativamente ad esempio alla proibizione della tortura e della schiavitù forzata.

La conseguenza della previsione di una norma di diritto cogente in un trattato internazionale corrisponderà alla nullità di tale norma. Tuttavia, il progetto di articoli della Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità dello Stato per atti illeciti internazionali precisa che “no State shall recognize as lawful a situation created by a serious breach of an obligation arising from under a peremptory norm of general international law¹⁶¹”. Seppure l’esistenza di una simile conseguenza dell’illecito internazionale sia stata confermata dalla Corte internazionale di giustizia nel *parere consultivo sulla costruzione muro*, la dottrina

¹⁵⁷ Cfr. Summary record of the first part of the 1854th meeting : Kuwait. 24/07/2000. CCPR/C/SR.1854 del 24 luglio 2000.

¹⁵⁸ V. Commentario all’articolo 50, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol. II, pag. 248.

¹⁵⁹ V. caso *Timor Est (Portogallo c. Australia)*, ICJ Reports 1995, par. 29.

¹⁶⁰ Cfr. A/HRC/7/L.3. Una risoluzione con un identico riferimento allo *jus cogens* è stata adottata durante la 56a sessione della Commissione delle Nazioni unite sui diritti umani il 7 aprile 2000; secondo il rapporto del Segretariato: “Le représentant de la Norvège a expliqué qu'en dépit de son vote en faveur du projet de résolution sur la situation en Palestine occupée, son pays souhaite exprimer sa réserve en ce qui concerne le paragraphe 6 du préambule du projet de résolution, en particulier pour ce qui est de la référence au concept de *jus cogens* en droit international de façon générale et dans ce cas particulier”. Nello stesso senso della risoluzione, v. invece Marc Weller, *Towards A General Comment on Self-Determination And Autonomy*.

¹⁶¹ Cfr. articolo 41. 2.

ha mostrato difficoltà ad isolare il contenuto di tale obbligo di non riconoscimento nelle varie tipologie di violazione di diritto cogente¹⁶². Secondo Talmon, in particolare, l'obbligo di non riconoscimento della legalità di una particolare situazione equivarrebbe ad un obbligo attivo di astensione, il quale tuttavia può essere esercitato effettivamente solo nel caso di situazioni di fatto che si concretizzano in pretese giuridiche (v.si, ad esempio, la pretesa di esercizio di giurisdizione su un determinato territorio)¹⁶³.

4. La questione della gerarchia dei diritti umani

La Commissione del diritto internazionale, nel processo di codificazione della responsabilità dello Stato per fatti illeciti, riconosce l'esistenza tra il contenuto delle norme imperative e delle norme erga omnes di una "substantial overlap", tra le due categorie di norme. Dal commento della CDI si deduce che non vi sia tanto una differenza di sostanza, quanto una diversa enfasi: mentre infatti il concetto di norme di diritto cogente fa riferimento alla prevalenza di determinati obblighi ritenuti essenziali, per norme erga omnes si intendono quelle disposizioni che prevedono un interesse giuridico da parte di tutti gli Stati al fine di assicurarne il rispetto¹⁶⁴. Alla luce di queste osservazioni, l'analisi infine del rapporto tra diritti umani e norme istitutive di obblighi erga omnes, troverà trattazione nel capitolo successivo.

In chiusura di questo capitolo, non ci resta che analizzare la questione della possibile gerarchizzazione delle norme a tutela dei diritti umani in base al loro contenuto, a prescindere dal fatto che tali norme costituiscano parte del diritto cogente. In questo senso, occorre che ci confrontiamo con la nozione di *diritti basilari della persona umana, quali la protezione della schiavitù e della proibizione della discriminazione razziale*¹⁶⁵, consacrata dalla Corte internazionale di giustizia nel caso Barcelona Traction. Questo riferimento sembra supportare la

¹⁶² La Corte ha infatti osservato che: "Given the character and the importance of the rights and obligations involved, the Court is of the view that all States are under an obligation not to recognize the illegal situation resulting from the construction of the wall in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem. They are also under an obligation not to render aid or assistance in maintaining the situation created by such construction": cfr. Construction of a Wall, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, pag. 136, par. 158

¹⁶³ V. Stefan Talmon, *The Duty Not to Recognize as Lawful a Situation Created by the Illegal Use of Force of Other Serious Breaches of a Jus Cogens Obligations: An Obligation without Real Substance?*, in Christian Tomuschat (a cura di), *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Dordrecht: Brill, 2005, pagg. 99-126.

¹⁶⁴ Nel caso *Furundzija*, il Tribunale internazionale penale per la Ex-Yugoslavia descrisse gli obblighi erga omnes come "obligations owed towards all the other members of the international community [...] the violation of such obligations simultaneously constitutes a breach of the correlative right of all members of the international community and gives rise to a claim for compliance accruing to each and every member": cfr. sentenza del 10 dicembre 1998, ILM, 1999, par. 151, pag. 317.

¹⁶⁵ *Ibidem*, parr. 33-34. Per un commento sul punto, v. Christian Dominicé, "The International Responsibility of States for Breach of Multilateral Obligations", 10 *EJIL* 1999, pagg. 355-356.

tesi per cui sarebbe effettivamente individuabile una gerarchia tra le norme sui diritti umani. Si tratta di un'espressione che evoca altri concetti fin troppo generici ugualmente utilizzati dalla Corte, come quelli di "essential principles" o "basic tenets" del diritto internazionale¹⁶⁶, e che ha dato origine ad una ricca riflessione in dottrina. Ad esempio, per Crawford i diritti umani costituiscono degli obblighi erga omnes o erga omnes partes "depending on their universality and significance", pur sottolineando che "human rights treaties are plainly (even if not always explicitly) designed to protect a general common interest"¹⁶⁷. Tali norme basilari sono da alcuni individuate in quelle norme di diritto pattizio dei diritti umani che non sono derogabili in caso di stato di emergenza¹⁶⁸. In numerosi casi, infatti, la norma primaria determina esplicitamente l'impossibilità di sospendere l'applicazione di determinati diritti, anche in caso di stato di emergenza. Il Patto internazionale sui diritti civili e politici, la CEDU e la Convenzione americana sui diritti umani ricomprendono tra tali previsioni quattro norme comuni: il diritto alla vita, il diritto a non subire la tortura o trattamenti o punizioni inumani o degradanti, il diritto a non subire la schiavitù e a non essere perseguiti in base a norme penali retroattive. Il Comitato dei diritti umani delle Nazioni unite nel suo Commento generale relativo all'articolo 4 del Patto, cioè la disposizione che elenca i diritti umani non derogabili, esclude di ridurre gli obblighi erga omnes a questi soli, osservando che:

the enumeration of non-derogable provisions in Article 4 is related to, but not identical with, the question whether certain human rights obligations bear the nature of peremptory norms of international law [...]. Furthermore, the category of peremptory norms extends beyond the list of non-derogable provisions as given in Article 4, paragraph 2¹⁶⁹.

Per inciso, dalla quasi-giurisprudenza del Comitato dei diritti umani si ricava inoltre come quest'ultimo abbia ampliato la lista dei diritti non derogabili al di là della lista prevista dall'articolo 4.2 del Patto, nonché consideri come "funzionalmente" non-derogabili ad esempio anche le garanzie procedurali previste agli articoli 9, 14 e 15 se associati a violazioni di diritti previsti all'articolo 4.2¹⁷⁰. Similmente, la Corte inter-americana ha sostenuto che il diritto all'habeas corpus è da ritenersi inderogabile, se applicato congiuntamente al diritto alla vita¹⁷¹.

¹⁶⁶ Per una discussione, v. Christian Tams, *cit.*, pag. 138 e ss.

¹⁶⁷ Terzo rapporto sulla responsabilità dello Stato, documento delle Nazioni unite A/CN.4/507, par. 92.

¹⁶⁸ V. Koji Teraya, "Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-Derogable Rights", 12 *EJIL* 2001, pagg. 917-941.

¹⁶⁹ V. General Comment n°29 sullo stato di emergenza, Comitato dei diritti umani, 24 luglio 2001, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, par. 11

¹⁷⁰ Vedere recentemente le Osservazioni conclusive relative a Serbia e Montenegro del 6 dicembre 2001 CCPR/CO/81/SEMO. Per un commento, v. Sarah Joseph, "Human Rights Committee: General Comment 29" 81/2 *Human Rights Law Review* 2000

¹⁷¹ V. il Parere OC-8-87, "Habeas Corpus in Emergency Situations", 30 gennaio 1987.

CAPITOLO II

L'ATTUAZIONE DELLE NORME SUI DIRITTI UMANI TRA ACCERTAMENTO E CONTROLLO

La seconda parte di questo lavoro si conclude con un'analisi del rapporto tra diritto dei diritti umani e regime della responsabilità dello Stato per atti illeciti internazionali. La trattazione di questa tematica, ed in particolare del tema dell'attuazione della responsabilità fa da cerniera alla terza parte. Tale analisi ci permette inoltre di analizzare più da vicino la natura giuridica degli obblighi derivanti dal diritto internazionale dei diritti umani nonché la portata del diritto dei diritti umani nell'istituire regimi obiettivi.

Prima di prendere in considerazione il regime generale della responsabilità, basandoci sull'opera di codificazione svolta dalla Commissione del diritto internazionale, giustificheremo il perché il ricorso a tale regime sia complementare rispetto all'attivazione dei sistemi di garanzia previsti dagli stessi trattati sui diritti umani, come anche al regime della protezione diplomatica. Successivamente, prenderemo in considerazione le soluzioni sviluppate dalla Commissione del diritto internazionale in relazione alla oggettivizzazione della responsabilità, alla definizione di danno, alle modalità di attuazione, compresa la promozione delle contromisure, soluzioni che si prestano a permettere un ricorso efficace al regime generale della responsabilità nell'ambito della tutela dei diritti umani. Tralascieremo tuttavia la questione del nesso tra responsabilità internazionale dello Stato e responsabilità internazionale penale dell'individuo¹, se non per rilevare come questi due tipi di responsabilità siano complementari e si presentino spesso contestualmente, come nel caso di violazioni dei diritti umani compiute da agenti dello Stato e accompagnate, se non favorite, da una condotta negligente dello Stato nel prevenire, reprimere o punire tali tipi di azioni². Né saranno prese in considerazione alcune questioni specifiche al regime della responsabilità, come quella della relazione tra le circostanze precludenti l'illecito ed i diritti umani³.

¹ V. Augusto Cançado Trindade, *Complementarity between State Responsibility and Individual Responsibility for Grave Violations of Human Rights: The Crime of State Revisited*, in *International responsibility today : essays in memory of Oscar Schachter*, cit.

² L'autore cita i casi *Myrna Mack-Chang e Plan de Sánchez*. Secondo Cançado Trindade, l'azione congiunta di responsabilità dello Stato e repressione di crimini internazionali (dell'individuo), è necessaria al fine di combattere l'impunità, cioè di garantire il diritto alla giustizia, v. nota 18 a pag. 257. Nell'Articolato, la colpa non viene inclusa come elemento costitutivo dell'illecito internazionale, ma rileva per quanto riguarda le circostanze di esclusione dell'illecito. Tuttavia, almeno in due casi, l'atteggiamento psicologico dell'agente costituisce elemento soggettivo indispensabile, ossia quando a) uno Stato « dirige e controlla un altro Stato nella commissione, da parte di quest'ultimo, di un atto illecito internazionale », caso in cui il primo Stato è responsabile per il comportamento del secondo se – inter alia – esso è a conoscenza delle circostanze in cui è compiuto l'atto illecito internazionale (articolo 17 del progetto) e se b) uno Stato costringe un altro Stato a porre in essere un determinato comportamento ; in tal caso, il primo sarà ritenuto responsabile se « è a conoscenza delle circostanze in cui è compiuto l'illecito » (articolo 18 del progetto).

³ Meron sostiene che sia il consenso dello Stato leso, il ricorso a contro-misure o l'azione in auto-difesa, come le circostanze di force majeure, di necessità e di distress hanno tutte una dimensione importante relativa ai diritti umani. Egli

1. Sistemi di garanzia, controllo e soluzione delle controversie interni ai trattati sui diritti umani

Il diritto convenzionale dei diritti umani ha istituito delle procedure specifiche relative al controllo dell'attuazione delle norme sulla tutela dei diritti umani, la cui attuazione è spesso demandata a meccanismi di monitoraggio o di soluzione delle controversie azionabili da singoli individui o da entità non statali rappresentanti gruppi di individui. Diversi trattati internazionali sui diritti umani prevedono la possibilità per ciascuna delle Parti di invocare la responsabilità internazionale in relazione alla presunta violazione delle previsioni di tale trattato da un altro Stato parte, attraverso la presentazione di ricorsi inter-statali di fronte all'istanza giurisdizionale o quasi-giurisdizionale istituita dal medesimo trattato. Si ritiene, pertanto, che tali trattati diano origine a degli obblighi cosiddetti 'erga omnes partes'⁴. Se effettivamente la prassi relativa ai ricorsi inter-statali di fronte a organi internazionali sui diritti umani è quantitativamente limitata, occorre sottolineare che le decisioni degli organi sui diritti umani, ed in primo luogo le raccomandazioni finali successive all'analisi dei rapporti periodici degli Stati⁵, possono costituire la base per l'invocazione della responsabilità da altri Stati parti al medesimo trattato in sedi successive. Anche le conferenze degli Stati parti ai trattati sui diritti umani in passato hanno rappresentato un'istanza in cui gli Stati hanno invocato la responsabilità di altri Stati per violazioni di norme pattizie⁶; sono inoltre registrabili tendenze in corso alla rivalutazione di un simile ruolo per tali istanze⁷.

tuttavia si concentra in particolare sugli elementi del distress e dello stato di necessità per rilevare come tali situazioni implicino soprattutto preoccupazioni per il benessere di individui e popolazioni. Meron puntualizza tuttavia che lo statodi necessità, come il consenso, non possono essere invocate ad ogni modo al fine di giustificare la violazione di una norma perentoria di diritto internazionale (articolo 26 del Progetto). V. Theodor Meron, *International law in the age of human rights*, RdC, 301, 2003, pag. 249ss.

⁴ V. Christian J. Tams, *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*, cit., pag. 124.

⁵ Occorre sottolineare come, nel quadro globale del sistema di controllo degli obblighi previsti da tali trattati, la mancata presentazione regolare di rapporti circa lo stato di attuazione di una determinata convenzione al livello nazionale, costituisce già una violazione del trattato in parola, ed è significativa la prassi di alcuni organi previsti da tali trattati di esaminare la situazione dell'attuazione dei trattati anche in assenza di un rapporto prodotto dallo Stato parte. V. in generale James Crawford e Philip Alston, *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge: CUP, 2000.

⁶ Alla conferenza degli Stati parti all'ICCPR del 1982, durante la discussione del punto all'ordine del giorno « other matters », i Paesi bassi « appealed to states parties that had declared a public emergency to comply faithfully with the non-derogable provisions of the Covenant »: CPR/SP/SR.5 pag. 6. Nell'incontro annuale successivo, la stessa delegazione sottolineò che « states parties remained entitled to partake in the supervision of the fulfilment of the obligations undertaken », sostenuto da Francia, Italia, Portogallo, Costa Rica e Australia e non contestato da nessuno Stato. Inoltre l'insieme degli organi politici componenti il sistema dei diritti umani delle Nazioni unite, in primo luogo il Consiglio dei diritti umani e la terza Commissione dell'Assemblea generale, costituiscono ad esempio una piattaforma diplomatica in cui gli Stati parti ai trattati sui diritti umani possono invocare la responsabilità di altri Stati sulla base di violazioni di specifiche norme previste nei trattati sui diritti umani, eventualmente attraverso procedure istituzionalizzate come lo Universal Periodic Review. Gli organi previsti dai trattati sui diritti umani, da parte loro, stanno senza dubbio sostenendo tali dinamiche, non da ultimo attraverso la prioritizzazione delle principali raccomandazioni relative alla situazione dei diritti umani negli Stati parti, le quali possano essere immediatamente prese in considerazione dagli Stati partecipanti nello Universal Periodic Review

⁷ «The point was made that States parties should not only meet in order to elect members to Treaty Bodies or to consider suggested amendments to treaties. Rather, these meetings could also be used in order to discuss issues of substance, including suggested reform measures. Such substantive discussions could also be used to enhance accountability of the Treaty Bodies to the States parties»: par. 41, chairperson's summary of a brainstorming meeting on reform of the human rights Treaty Body system ("Malbun II"), held in Triesenberg, Liechtenstein, 14-16 July 2006, documento delle Nazioni

Tuttavia, i trattati sui diritti umani non solo non escludono la possibilità di ricorrere a regimi esterni a tali trattati in materia di soluzione delle controversie, ma anzi prevedono delle clausole di coordinamento rispetto ai meccanismi ex articolo 33.1 della Carta delle Nazioni unite o rispetto alle procedure di supervisione da parte degli organi politici sui diritti umani delle Nazioni unite⁸.

Inoltre, se ammettiamo che i trattati sui diritti umani presentano formalmente la medesima struttura della generalità degli accordi internazionali, ne deriva che l'attuazione del diritto dei diritti umani può beneficiare pienamente dalla applicazione delle norme consuetudinarie sulla responsabilità. Tale approccio trova in realtà conferma nella giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia⁹, la quale – osserva Zemanek - se avesse inteso escludere i regimi previsti da trattati sui diritti umani dal campo di applicazione del diritto generale della responsabilità, avrebbe di fatto ridotto il concetto di erga omnes ad una chimera¹⁰.

Alcuni autori, al fine di sottolineare la complementarietà tra sistemi di controllo interni ai trattati sui diritti umani e regime generale, affermano l'esistenza di un diritto o interesse giuridico di uno Stato non direttamente leso ad invocare la responsabilità per un illecito internazionale derivante dalla violazione dei diritti umani soltanto nel caso in cui gli organi giurisdizionali o quasi-giurisdizionali previsti dai trattati sui diritti umani sono attivabili¹¹. Tale sarebbe il senso da attribuire al paragrafo 91 della sentenza della Corte internazionale di

unite A/61/351, pag. 12.

⁸ E' il caso ad esempio dell'articolo 44 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, il quale prevede che : "The provisions for the implementation of the present Covenant shall apply without prejudice to the procedures prescribed in the field of human rights by or under the constituent instruments and the conventions of the United Nations and of the specialized agencies and shall not prevent the States Parties to the present Covenant from having recourse to other procedures for settling a dispute in accordance with general or special international agreements in force between them". In alcuni casi, gli Stati parti al Patto sui diritti civili e politici hanno sostenuto che le procedure di supervisione previste dal Patto prevalgono sulle procedure generalmente previste dal sistema diritti umani delle Nazioni unite, tanto da impedire ad esempio un'investigazione parallela da parte di una procedura speciale della Commissione dei diritti umani: Diez (Chile) 15 novembre 1976, A/C.3/31/SR.46, par. 19, Mr Lopatka (Poland), 5 march 1982, E/CN.4/1982/SR.51/Add. 1 pagg? 18-21. V. si inoltre per una esaustiva trattazione del ruolo delle Procedure speciali della Commissione dei diritti umani rispetto a quello dei comitati sui diritti umani nel rapporto del 1988 dell'allora Relatore speciale delle Nazioni unite contro la tortura, Prof. Kooijmans, pag. 2 del documento delle Nazioni unite E/CN.4/1988/17 del 12 gennaio 1988.

⁹ Nel caso Nicaragua la Corte osserva che "where human rights are protected by international conventions, that protection takes the form of such arrangements for monitoring or ensuring respect for human rights as are provided for in the conventions themselves, use of force could not be an appropriate method to monitor or ensure such respect": cfr. parr. 267-268. Per un commento: v. si Bruno Simma, "Self-contained regimes", 16 *Netherlands yearbook of international law* 1985, pagg. 112-136, e Bernard Ramcharan, *State Responsibility for Violations of Human Rights Treaties*, in *Contemporary Problems of International Law: Essays in Honour of Georg Schwarzenberger*, 1988, pag. 246

¹⁰ V. Karl Zemanek, "New Trends in the Enforcement of Obligations Erga Omnes", 4 *Max Plack Yearbook of United Nations Law*, 2000, pag. 17. La stessa opinione è condivisa da Arangio-Ruiz, per il quale, "any State accepting the 'regime' shall be bound, when confronted with a breach by another State party of an obligation deriving from that 'regime', first of all to react – if it so wishes – in conformity with the provisions of the relevant 'regime'. However, this does not exclude a certain latitude for general law measures, such latitude depending on the degree of availability and effectiveness of the remedies envisaged by the treaty-bodies regime", *Fourth Report on State Responsibility*, pag. 40, par. 114.

¹¹ V. Enrico Milano, "Diplomatic Protection and Human Rights Before the International Court of Justice : Re-fashioning Tradition?", 35 *Netherlands Yearbook of International Law* 2004, pag. 85.

giustizia nel caso Barcelona Traction, la quale recita: “With regard more particularly to human rights, to which reference has already been made in paragraph 34 of this Judgment, it should be noted that these also include protection against denial of justice. However, on the universal level, the instruments which embody human rights do not confer on States the capacity to protect the victims of infringements of such rights irrespective of their nationality. It is therefore still on the regional level that a solution to this problem has had to be sought; thus, within the Council of Europe, of which Spain is not a member, the problem of admissibility encountered by the claim in the present case has been resolved by the European Convention on Human Rights, which entitles each State which is a party to the Convention to lodge a complaint against any other contracting State for violation of the Convention, irrespective of the nationality of the victim”. La trattazione successiva sull’oggettivizzazione del regime consuetudinario della responsabilità ci permetterà di chiarire meglio tali questioni di coordinamento.

2. Complementarietà del regime della responsabilità relativo al diritto dei diritti umani e protezione diplomatica

Occorre soffermarsi brevemente anche sulla tematica del coordinamento tra l’istituto della protezione diplomatica ed il diritto dei diritti umani¹². In tema di protezione diplomatica, si è più ampiamente riflettuto sul tipo di “azioni” che possono essere qualificate come esercizio di tale istituto, il cui elemento fondamentale è costituito dal fatto che uno Stato avanzi internazionalmente ad un altro Stato una pretesa al fine di ottenere dalla parte di quest’ultimo un trattamento di un suo cittadino che sia conforme al diritto internazionale. Su questa base, osserva Condorelli, non vi è motivo di adottare una definizione ristretta di azioni intraprese dallo Stato, le quali comprenderanno “les méthodes habituelles reconnues par le droit international [...], la protestation, la demande d’enquete, la négociation et la demande de soumettre l’affaire à un tribunal arbitral ou à la Cour, dans la mesure où son Statut le permet¹³”, e persino i passi diplomatici (démarches diplomatiques) di carattere preventivo rispetto all’illecito internazionale¹⁴.

¹² V. Luigi Condorelli, “La protection diplomatique et l’évolution de son domaine d’application actuelle”, 86 RDI 2003, pag. 20. V; anche Stephen . Schwebel, “The treatment of human rights and of aliens in the International Court of Justice”, in Vaughan Lowe e Malgosia Fitzmaurice (a cura di), *Fifty years of the International Court of Justice : essays in honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge:CUP, 1996. V. *Ahmadou Sadio Diallo* (Guinea c. DR of the Congo), eccezioni preliminari, sentenza del 24 maggio 2007, par. 39: « owing to the substantive development of international law over recent decades in respect of the rights it accords to individuals, the scope *ratione materiae* of diplomatic protection, originally limited to alleged violations of the minimum standard of treatment of aliens, has subsequently widened to include, *inter alia*, internationally guaranteed human rights ».

¹³ V. Parere consultivo dell’11 aprile 1949 sulle riparazioni dei danni subiti al servizio delle Nazioni unite.

¹⁴ V. Luigi Condorelli, *L’évolution du champ d’application de la protection diplomatique*, in Jean-François Flauss, *La protection diplomatique –mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles: Bruylant, 2003, pag. 7. Condorelli giustifica la sua affermazione osservando come la Convenzione ICSID, come già osservato sopra, all’articolo 27 proibisce il ricorso a mezzi di protezione diplomatica nel corso della risoluzione di una controversia, ma non le “semplici

La prassi dimostra come l'istituto della protezione diplomatica costituisca uno strumento rilevante efficace ai fini della promozione dei diritti umani.

Un esempio a questo proposito è costituito dall'applicabilità dell'istituto della protezione diplomatica a enti morali, al fine di tutelare indirettamente gli interessi degli azionisti o di permettere l'operatività di organizzazioni non governative¹⁵. Occorre anche sottolineare che il sistema ICSID dispone la sospensione dell'esercizio della protezione diplomatica durante l'espletamento della procedura arbitrale, ma ne consente tuttavia il ripristino qualora lo Stato parte "shall have failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute". La possibilità di ricorrere alla protezione diplomatica in caso di mancata esecuzione della sentenza arbitrale appare essere peraltro un elemento abbastanza consolidato nella prassi convenzionale in materia di tutela dei diritti individuali di carattere economico, come confermato dall'inserimento di disposizioni di contenuto conforme alla norma sopra indicata in numerosi trattati bilaterali sugli investimenti.

Il rapporto tra protezione diplomatica e tutela dei diritti umani assume un profilo particolare in relazione alla disciplina dell'assistenza consolare, come risulta evidente nei quattro casi analoghi di fronte alla Corte internazionale di giustizia e relativi all'attuazione dell'articolo 36 della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari¹⁶, i quali sono stati qualificati dalla Corte come espressione dell'esercizio della protezione diplomatica¹⁷. I casi riguardano nello specifico l'ipotesi per cui la mancata attuazione del dovere di informazione dei detenuti stranieri dei diritti consolari loro spettanti corrisponderebbe ad una violazione delle garanzie procedurali relative al diritto dell'accusato ad un giusto processo ex articolo 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, a tal punto da compromettere la tutela del diritto alla vita¹⁸. In questa sede non ci è possibile soffermarci sulla questione della configurazione del diritto a ricevere assistenza consolare quale diritto umano¹⁹, ma desideriamo tuttavia rilevare

démarches diplomatiche" aventi l'obiettivo di facilitare la risoluzione della controversia.

¹⁵ V. anche Karl Doehring, "Diplomatic Protection of Non-Governmental Organizations", in Manuel Ramamontaldo (a cura di), *El derecho internacional en un mundo en transformación: liber amicorum: en homenaje al professor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo: Fundacion universitaria, 1994, pagg. 571-580.

¹⁶ Per una ricostruzione sintetica dei casi *Paraguay c. Stati Uniti* del 3 aprile 1998, del caso *Germania c. Stati Uniti* del 2 marzo 1999 e del caso *Avena* del 9 gennaio 2003, v. Enrico Milano, "Diplomatic Protection and Human Rights...", cit., pag. 120ss.

¹⁷ Nella sentenza *Avena*, più specificamente, l'azione del Messico a tutela dei diritti individuali è qualificata come "protezione diplomatica", nel momento in cui la Corte precisò di non "find necessary to deal with Mexico's claims of violations under a distinct heading of diplomatic protection, cit., par. 40.

¹⁸ V. Monica Feria Tinta, "Due Process and the Right to Life in the Context of the Vienna Convention on Consular Relations: Arguing the LaGrand Case", 12 *EJIL* 2001.

¹⁹ Sentenza nel caso *LaGrand*, la Corte internazionale di giustizia ha riconosciuto che l'articolo 36(1) della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari del 1963 prevede un obbligo da parte dello Stato ricevente nei confronti sia dello Stato inviante che dell'individuo destinatario. Diritti individuali che, in virtù dell'articolo 1 del Protocollo facoltativo, possono essere invocati dallo Stato di nazionalità di tale individuo. Pertanto, il diritto di una persona all'accesso ai diritti consolari è da ritenersi un diritto individuale. La Corte, a differenza della Corte inter-americana sui diritti umani non precisa tuttavia se tale diritto rappresenti un diritto umano. Nella successiva sentenza nel caso *Avena*, la Corte ha tuttavia ulteriormente precisato che esiste una stretta relazione tra i diritti degli Stati ed i diritti degli individui, in modo che uno Stato contraente

che la Corte ha di fatto riconosciuto l'esistenza di determinati 'diritti individuali' derivanti dalla Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari²⁰. Ciò è chiaro nella domanda di misure cautelari che caratterizza i quattro casi citati così come le relative richieste di riparazione²¹. In tali casi, la Corte va ben al di là della mera tutela degli interessi statuali coinvolti²²: è significativo ad esempio come in *LaGrand* la Corte esclude l'adeguatezza di un atto di clemenza come rimedio efficace, argomentando che:

an apology would not suffice in cases where the individuals concerned have been subjected to prolonged detention or convicted and sentenced to severe penalties. In case of such a conviction and sentence, it would be incumbent upon the United States to allow the review and reconsideration of the conviction and sentence by taking account of the violation of the rights set forth in the Convention. The obligation can be carried out in various ways. The choice of means must be left to the United States²³.

Meron ha sottolineato che anche la prassi internazionale recente ha conosciuto situazioni in cui gli Stati hanno agito contemporaneamente in protezione diplomatica e attraverso mezzi di tutela dei diritti umani²⁴. Un esempio, in questo senso, è rappresentato dal caso portato dalla Danimarca di fronte alla Corte europea dei diritti umani nel 1997, successivamente al maltrattamento di un cittadino danese nel corso di una seduta di interrogazione da parte delle autorità di polizia turche: il caso fu risolto attraverso un accordo tra le Parti intercorso nel 2000, il quale prevedeva una compensazione ex gratia concessa alla vittima e l'impegno da parte della Turchia di migliorare in maniera permanente le condizioni di custodia e di interrogazione²⁵.

Un ulteriore esempio efficace circa la possibilità di inquadrare situazioni simili come

può, nel momento di inviare un'istanza a suo nome, richiedere alla Corte di esprimersi sulla violazione di un diritto di cui è direttamente vittima o attraverso la violazione dei diritti umani di un suo cittadino. La Corte inter-americana, in un noto parere consultivo del 1° ottobre 1999, ha riconosciuto l'articolo 36 è parte del corpo giuridico del diritto internazionale dei diritti umani, e che il diritto dell'individuo a ricevere informazioni circa i suoi diritti consolari deve essere riconosciuto tra le garanzie minime essenziali per dare l'opportunità a cittadini stranieri di preparare in maniera adeguata la loro difesa e ricevere un giusto giudizio, in linea con l'articolo 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici: v. The right to information on consular assistance in the framework of the guarantees of the due process of law, IACtHR, OC-16/99, par. 141, riprodotto in 4 *American Yearbook on Human Rights Law* 1999, pag. 4364. Enrico Milano, "Diplomatic Protection and Human Rights...", *cit.*, pag. 85.

²⁰ Nella sentenza nel caso *Avena*, la CIG – secondo alcuni ultra petita - afferma che "neither the text nor the object and purpose of the Convention, nor any indication in the travaux préparatoires support the conclusion that Mexico draws from its contention in this regard". Sentenza, para 172.

²¹ Secondo Orakhelashvili, addirittura ben al di là della prassi della Corte di Strasburgo, in riferimento a casi come *Irlanda c. Regno Unito*, *Belilos e Selmouni*. L'autore, a proposito di questa differenza, sostiene che: "it seems legitimate to question whether the normative and jurisprudential framework still tolerates the assumption of certain hypothetically construed differences among international tribunals, even without the explicit support for such assumptions by the constituent instruments of the relevant tribunals": "Questions of International Judicial Jurisdiction in the *LaGrand* case", 15 *LJIL* 2002, pagg. 125-127.

²² In questo senso, v. Carlo Santulli, "Une administration internationale de la justice nationale? A propos des affaires *Breard et LaGrand*", XLV *Annuaire français de droit international* 1999, pagg. 116-117.

²³ Par. 125 della sentenza.

²⁴ V. Theodor Meron, *International law in the age of human rights*, *RdC* 301, 2003, pag. 312.

²⁵ Caso *Danimarca c. Turchia*, ricorso n°34382/97.

azioni in protezione diplomatica o di invocazione della responsabilità per violazione di norme sui diritti umani è costituito dal caso del maltrattamento di alcuni cittadini ugandesi presso l'aeroporto di Kinshasa sollevato nell'affaire *Congo c. Uganda* di fronte alla Corte internazionale di giustizia²⁶: è noto il parere del giudice Simma in un'opinione separata alla decisione per cui in questo specifico contesto la scelta di fondare il ricorso su questioni di diritto internazionale dei diritti umani invece che esclusivamente sull'istituto della protezione diplomatica sarebbe stata maggiormente favorevole agli interessi dell'Uganda, poiché in caso di ricorso ad argomenti di tutela dei diritti umani non sarebbe stato necessario dimostrare preliminarmente la nazionalità delle vittime²⁷, condizione che invece deve essere invece espedita per ogni azione in protezione diplomatica.

E' noto come nel recente processo di codificazione delle norme applicabili alla protezione diplomatica, il Relatore della Commissione del diritto internazionale incaricato della tematica, Dugard, abbia cercato attivamente di chiarire la complementarità tra questi riavvicinare due corpi giuridici. La proposta di Dugard è stata motivata dalla constatazione dell'efficacia, in determinate situazioni, dell'istituto della protezione diplomatica al fine della tutela dei diritti umani²⁸. Occorre riconoscere tuttavia che al termine del processo di codificazione, la Commissione del diritto internazionale ha licenziato in seconda lettura nel 2006 un progetto di Articolato che conferma l'impostazione tradizionale alla disciplina della protezione diplomatica.

In sintesi, tale impostazione prevede che l'obbligo di corrispondere la riparazione non deriva dal trattamento illegale nei confronti dell'individuo o di un ente morale, quanto dal non rispetto del dovere di garantire agli stranieri un trattamento che sia in linea con gli standard internazionali previsti²⁹. In base a tale approccio, lo Stato di nazionalità è libero di esercitare o meno la protezione diplomatica e a prescindere dal parere dell'individuo interessato³⁰.

Tuttavia, questa impostazione dell'Articolato sulla protezione diplomatica sembra essere difficilmente conciliabile dalla prospettiva della disciplina del diritto della responsabilità, la quale sembra ammettere che la posizione dello Stato di nazionalità che agisce a tutela dei diritti umani di un suo cittadino non sia in principio diversa rispetto a quella di altri Stati che esprimano la medesima pretesa. Infatti, il Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato

²⁶ Sentenza del 19 dicembre 2005 su *Armed activities on the territory of the Congo* (DRC c. Uganda), 2005, ICJ Reports, pag. 168.

²⁷ Parr. 328-333. Per un commento, v. Anna Maria Helena Vermeer-Künzli, *The protection of individuals by means of diplomatic protection: diplomatic protection as a human rights instrument*, 2007.

²⁸ V. John Dugard, A/CN.4/506, pag. 10.

²⁹ Al limite, è stato concesso che l'istituto della protezione diplomatica costituisca un diritto di natura duale: Orrego Vicuña, *The Changing Law of Nationality of Claims*, in Schlemmer-Schulte e Ko-Yung Tung (a cura di), *Liber amicorum Ibrahim F.I. Shihata: international finance and development law*, The Hague: Kluwer, 2001, pagg. 633-634.

³⁰ V. Alberto M. Aronovitz, "The Procedural Status of Individuals in Diplomatic Protection and in the European Convention on Human Rights: A Comparative Study", 4 *Revue de droit comparé* 1005, pag. 29, nota 40.

afferma l'esistenza di norme di diritto internazionale generale, in ipotesi diverse dalla protezione diplomatica, come del resto riconosciuto dall'articolo 16 del Progetto sulla protezione diplomatica. Il primo Articolato, pertanto, può legittimamente non prevedere alcuna indicazione specifica circa una posizione speciale nell'invocazione della responsabilità da parte degli Stati di nazionalità³¹, e tantomeno gli attribuisce la qualifica di 'specially affected'³².

Inoltre, una saving clause introdotta all'articolo 16 del Progetto indica che l'istituto della protezione diplomatica non può interferire su altri meccanismi di tutela, diretta od indiretta, degli individui ai sensi del diritto internazionale generale. Attraverso questa disposizione, la Commissione ammette che esistano già meccanismi di tutela alternativi di diritto internazionale generale, pur evitando accuratamente di specificare ulteriori elementi a proposito di tali meccanismi. Questo dato è confermato dallo specifico inserimento di tale clausola immediatamente prima rispetto all'articolo relativo alla lex specialis pattizia.

Tale norma tende comunque a suggerire che l'istituto della protezione diplomatica assume un significato specifico ai fini della promozione e protezione dei diritti umani in caso di inesistenza di mezzi di ricorso specifici previsti su base pattizia dal diritto dei diritti umani.

Infine, occorre considerare residualmente il fatto che il progetto di articoli presenta alcune ulteriori innovazioni che dimostrano come il processo di codificazione abbia tenuto conto di determinate considerazioni relative alla tutela del diritto dei diritti umani³³. Il nuovo articolo 5 ha un'importante portata sulla tutela dei diritti umani, prevedendo un'eccezione alla regola della continuità della cittadinanza nel caso in cui si siano verificate delle modifiche allo status di cittadinanza non connesse con la situazione che costituisce l'oggetto dell'azione in protezione diplomatica. Similmente, l'articolato prevede la possibilità di azioni di protezione diplomatica da parte di più Stati, in caso di cittadinanza duale o multipla o in caso di situazioni di apolidia, favorendo quindi una maggiore tutela dell'individuo anche nel caso di particolari situazioni soggettive della vittima³⁴. L'articolato prevede anche la possibilità per uno Stato di cittadinanza di agire in protezione diplomatica nei confronti di uno Stato di cui l'individuo beneficiario

³¹ Tale posizione è condivisa da Arangio, il quale afferma che "[e]ven if States gave particular weight to nationality when deciding whether to bring a claim, this is not necessarily significant from a legal point of view": cfr. Fourth report on State responsibility, Yearbook of the International Law Commission, 1992, Vol. II, pag. 47, par. 134. Del resto, tale posizione è confermata in prassi dalla Corte internazionale di giustizia non ha dato alcun rilievo alla nazionalità delle vittime, nel momento in cui l'appello della Jugoslavia contro la Bosnia Erzegovina fu ammesso. Il medesimo approccio fu condiviso anche da Kooijmans, per il quale, dal momento che le vittime erano cittadini bosniaci, Bosnia "was directly injured by the alleged violations of the Genocide Convention by Yugoslavia and could therefore claim compensation".

³² Tale impostazione, portata avanti da Gaja, si basa su deduzioni ricavate da Barcelona Traction nonché da un esame parallelo dell'articolo 17 del Progetto di codificazione sulla protezione diplomatica : v. Giorgio Gaja, *Is a State Specially Affected when Its Nationals's Human Rights are Infringed*, cit., nota 19, pag. 381.

³³ V. commentario all'articolo 1 del progetto. La stessa posizione è stata espressa dalla Corte internazionale di giustizia nel caso Ahmadou Sadio Diallo (Guinea c. RDC), sentenza del 24 maggio 2007, ICJ Reports 2007, par. 39.

³⁴ V. Giorgio Gaja, *Droits des Etats et droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique*, in J.F. Flauss (a cura di), *La protection diplomatique – mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles : Bruylant, 2003, pag. 63. V. anche Luigi Condorelli, *L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique*, *ivi*, pagg. 19-24.

dell'azione è ugualmente cittadino³⁵. La Commissione del diritto internazionale ha voluto ammettere tuttavia limitare tale possibilità all'ipotesi in cui « the nationality of the former State is predominant, both at the time of the injury and at the time of the official presentation of the claim ³⁶».

Un aspetto particolarmente significativo del progetto di articoli consiste nella formalizzazione di un'ampia serie di eccezioni alla regola dell'esaurimento dei ricorsi interni, ricavate dalla prassi della tutela dei diritti umani. Una tale impostazione, secondo Pisillo Mazzeschi, corrisponde al fatto che «la funzione generale della nuova regola non consiste più nella protezione della sovranità dello Stato di fronte a reclami internazionali ad opera di altri Stati relativi a interessi privati, quanto nel regolare il fenomeno recente dell'accesso dell'individuo ai giudici internazionali e agli altri organi internazionali di controllo, tramite un giusto ed equilibrato coordinamento tra procedure interne e procedure internazionali³⁷».

Ma l'elemento di maggior rilievo da una prospettiva di tutela degli interessi dell'individuo nel progetto di articolato è costituito dall'articolo 19 sulla «prassi raccomandata», che merita di essere riportato per esteso:

A State entitled to exercise diplomatic protection according to the present draft articles, should:

(a) Give due consideration to the possibility of exercising diplomatic protection, especially when a significant injury has occurred;

(b) Take into account, wherever feasible, the views of injured persons with regard to resort to diplomatic protection and the reparation to be sought; and

(c) Transfer to the injured person any compensation obtained for the injury from the responsible State subject to any reasonable deductions³⁸.

Il commento a questo articolo afferma chiaramente che tale disposizione non è riprodotiva del diritto consuetudinario e bensì è stata formulata come sviluppo progressivo del

³⁵ Un discorso a parte meritano gli sviluppi in ambito comunitario: l'articolo 20 del Trattato sulla Comunità europea prevede che i cittadini dell'UE godano «the protection by diplomatic or consular authorities of any Member State, on the same conditions as the nationals of that State», qualora il loro Stato di cittadinanza non sia rappresentato in quel Paese, ma senza creare tuttavia nessun diritto alla protezione diplomatica. Un elemento interessante a questo proposito è anche costituito dagli sviluppi di prassi nel sistema dell'Unione europea, con particolare riferimento alla sentenza del 6 luglio 1995 del Tribunale di prima istanza legittimante l'azione diplomatica da parte della Commissione europea a tutela di cittadini degli Stati membri: v. caso Odigitria AAE c. Consiglio dell'UE e Commissione delle Comunità europee, causa T-572/93.

³⁶ Par 4 del Progetto di articoli.

³⁷ V. Riccardo Pisillo Mazzeschi, *Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani*, cit., pag. 234. V. anche Andrea Giardina, *Responsabilità internazionale, esaurimento dei mezzi di ricorso e carattere sussidiario della tutela internazionale dei diritti dell'uomo*, in *Scritti in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*. V. anche Delbruck, *The exhaustion of local remedies rule and the international protection of human rights*, in *Des Menschen Recht zwischen Freiheit und Verantwortung – Festschrift für Kar Josef Partsch*, Berlin, 1989, pag. 213.

³⁸ V. Pietro Pustorino, «Recenti sviluppi in tema di protezione diplomatica», 86 *RDI* 2006, pag. 86.

diritto internazionale; la Commissione giustifica tale scelta con il fatto la protezione diplomatica costituisce, seppure in maniera residuale, un potente strumento per la tutela della dignità umana – uno degli obiettivi principali della Comunità internazionale organizzata. Al tempo stesso, il commentario, pur richiamando la natura discrezionaria dello Stato nell'esercitare la protezione diplomatica, evidenzia il “growing support for the view that there is some obligation, however imperfect, on States, either under international law or national law, to protect their nationals abroad when they are subjected to significant human rights violations”. La Commissione sembra richiamare qui gli orientamenti costituzionali di molteplici Paesi i quali prevedono la positivizzazione a livello di ordinamenti interni di un diritto alla protezione diplomatica, il quale permette che una decisione di un governo in merito all'esercizio o meno della protezione diplomatica in un determinato caso possa essere soggetta al sindacato del giudice interno, con particolare riferimento alla legittimità di una tale decisione nonché dell'adeguatezza delle azioni intraprese dal governo³⁹.

3. Tutela dei diritti umani in base al regime generale della responsabilità

3.1 Oggettivizzazione della responsabilità e obblighi erga omnes

L'elemento più significativo del regime generale della responsabilità internazionale, come codificato nel Progetto di articoli della Commissione del diritto internazionale, dalla prospettiva dell'applicabilità del regime generale della responsabilità alla tutela dei diritti umani consiste nel superamento di una struttura meramente bilaterale dell'attuazione della responsabilità internazionale di un altro Stato. L'articolo 33.1 del Progetto, prevede che gli obblighi internazionali sono dovuti a:

another State, to several States, or to the international community as a whole, depending in particular on the character and content of the international obligation and on the circumstances of the breach.

Com'è stato rilevato nella letteratura di commento⁴⁰, nel momento in cui l'articolo in questione riconosce che determinati obblighi sono dovuti alla Comunità internazionale nel suo insieme, esso esplicita una norma estremamente importante per lo sviluppo della dimensione

³⁹ O, ancora, le svariate pronuncie di giudici nazionali tese a ricostruire un tale diritto anche in assenza di una specifica previsione costituzionale per la giurisprudenza, vedere Dugard, cit. pagg. 81-83, ivi, nota 30. Il Tribunale di prima istanza dell'UE, nei casi *Hassan e Ayadi*, ha sostenuto che quando un individuo non ha un rimedio giudiziario contro un ordine che restringe i suoi diritti umani, gli Stati membri dell'UE, in base all'articolo 6 del Trattato sull'UE, hanno un obbligo di agire in protezione diplomatica a favore di tali individui. Rispettivamente, si tratta della sentenza del 12 luglio 2006 nel caso T-49/04, *Hassan c. Consiglio dell'UE e Commissione delle Comunità europee*, par. 114-119, e sentenza 12 luglio 2006 nel caso T-253-92 *Ayadi c. Consiglio*.

⁴⁰ V.si in particolare, anche per ulteriori fonti, Pierre Klein, “Responsibility for breaches deriving from Peremptory Norms of International Law and United Nations Law, 13 *EJIL* 2002, pag. 1241.

comunitaria del diritto internazionale⁴¹.

Si ricorderà come solo nel 1970, la Corte esplicitò chiaramente le implicazioni del riconoscimento di norme istitutive di obblighi erga omnes, e ciò a pochi anni di distanza dalla sentenza nel caso *del Sud Ovest Africano*, in cui la Corte aveva affermato che “all civilised nations have an interest in seeing that [the sacred trust] is carried out [...] but in order that this interest may take on a specifically legal character, the sacred trust itself must be or become something more than a moral or humanitarian ideal. In order to generate legal rights and obligations, it must be given juridical expression and be clothed in legal forms⁴²”. In quell’anno, infatti, in un celeberrimo obiter dictum nella sentenza sul caso *Barcelona Traction*, la Corte internazionale di giustizia distinse tra obblighi dello Stato nei confronti della Comunità internazionale nel suo insieme ed obblighi di uno Stato nei confronti di altri Stati, come ad esempio nell’ambito dell’istituto della protezione diplomatica⁴³. In tale occasione, la Corte sviluppò il pensiero enunciato circa vent’anni prima nel *Parere sulle riserve alla Convenzione sul genocidio*, in cui essa aveva rilevato che gli Stati parti a tale strumento non avevano alcun “interest of their own, they merely have, one and all, a common interest”. Nella sentenza *Barcelona Traction*, la Corte riconobbe ulteriormente l’esistenza di determinate norme le quali, in base ad un giudizio di valore⁴⁴, si ritiene godano di una protezione rinforzata al livello dell’ordinamento internazionale, tanto da riconoscere un “interesse giuridico” in capo a tutti gli Stati a farne valere il rispetto. La Corte prosegue poi osservando che “some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law” mentre “others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character”, ma senza precisare gli elementi utili ad identificare in modo certo, quali norme istituiscono tali obblighi erga omnes.

Al fine di meglio precisare la natura degli erga omnes, è stata proposta allora un’analisi comparativa con le norme di diritto cogente⁴⁵, la quale è senz’altro facilitata dall’indicazione per cui le norme di diritto perentorio istituiscono degli obblighi erga omnes, mentre queste ultime

⁴¹ Peccato tuttavia che nel commentario, la Commissione sostenga poi che “this aspect involves a measure of progressive development, which is justified since it provides a means of protecting the community or collective interest at stake, pag. 323, par. 12.

⁴² Cit. par. 51.

⁴³ Nonostante la versione francese della sentenza affermi che “tutti gli Stati” debbano intervenire congiuntamente.

⁴⁴ Sul punto v. Bruno Simma, *Does the UN Charter Provide an Adequate Legal Basis for Individual or Collective Responses to Violations of Obligations erga omnes?*, in Jost Delbrück (a cura di), *The Future of International Law Enforcement: New Scenarios - New Law?*, 1993 pag. 127. V. anche Maurizio Ragazzi, *Introduction, International Responsibility today: Essays in Memory of Oscar Schachter*, Leida, Brill, 2005. Per un’analisi complessiva, nonché per ulteriori riferimenti, v. Paolo Picone, “Obblighi erga omnes e codificazione della responsabilità degli Stati”, 4 *RDI* 2005, pagg. 893-954.

⁴⁵ Non senza difficoltà, come Marek ha osservato causticamente sostenendo che intraprendere un’analisi comparativa delle norme erga omnes guardando al diritto cogente è una ricerca “dell’ignoto, attraverso l’ignoto: v. Krystyna Marek, “Criminalising State Responsibility”, 13 *RBDI* 1978-1979, pag. 468.

non coincidono esclusivamente con le norme di diritto perentorio⁴⁶. La Corte internazionale di giustizia ha successivamente qualificato una serie di norme a tutela dei diritti umani come riprodottrici del diritto consuetudinario, come ad esempio la proibizione della tortura o la privazione arbitraria della libertà⁴⁷.

3.2 Titolarità da parte dell'individuo del diritto alla riparazione

Fatto più importante, il medesimo articolo 33, al secondo comma, riconosce che “this part is without prejudice to any right, arising from the international responsibility of a State, which may accrue directly to any person or entity other than a State”, non escludendo la possibilità dell'esistenza di norme che attribuiscono agli individui la titolarità di diritti di riparazione di fronte ad istanze giurisdizionali o quasi-giurisdizionali.

Osserva tuttavia Gattini come l'aver introdotto, per di più all'ultimo minuto del processo di codificazione, una simile saving clause conferma il ruolo marginale riservato all'Articolato alle norme relative alla tutela di diritti individuali⁴⁸. La definizione stessa di responsabilità internazionale dello Stato come insieme degli obblighi giuridici che incombe sullo Stato autore dell'illecito, e che determinano simmetricamente un complesso di diritti e facoltà correlativamente spettanti in linea principale allo Stato che ha subito l'illecito, implica una certa marginalità della posizione dell'individuo nella invocazione della responsabilità per l'illecito internazionale, nonché nella sua titolarità ad una riparazione. Inoltre, l'affermazione per cui nei trattati sui diritti umani gli individui sono i beneficiari e, in ultima istanza, i detentori di tali diritti, avrebbe offerto la possibilità alla Commissione di esprimersi sulla delicata questione della titolarità dell'individuo alla riparazione⁴⁹. In particolare, la Commissione avrebbe potuto

⁴⁶ V. Report of the Commission on its 50th session of work, YBILC, 1998, II2, pag. 68, par. 279. Per un commento v. Maurizio Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, Clarendon Press, 2000, pag. 182; André de Hoogh, *Obligations Erga Omnes and International Crimes - A Theoretical Inquiry into the Implementation.*, The Hague, Kluwer Law International, 1996. Per Gaja: “The existence of a peremptory norm implies two rules: one that imposes an obligation erga omnes, another which forbids the conclusion of a treaty directed towards infringing the obligation and thereby makes the treaty invalid. Reactions by (the) international society could well be confined to the actual violation of the obligation. Although the preventive measure concerning the validity of treaties no doubt contributes to the effectiveness of rules imposing obligations erga omnes, it cannot be said that the existence of this type of rule depends on the preventive measure (i.e. the possibility of invalidating treaties): cfr. Giorgio Gaja, *Obligations Erga Omnes, International Crimes and Jus Cogens - A Tentative Analysis of Three Related Concepts*, in Weiler, Cassese, Spinedi (a cura di), *International Crimes of State - A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, Berlin, Walter de Gruyter, 1989, pagg. 151-160, pag. 159.

⁴⁷ V. CII, *US Diplomatic and Consular Staff in Teheran*, ICJ Report 1980, pag. 42. V. anche *South-West Africa Cases*, second phase, cit., pag. 298, opinione dissenziente del giudice Tanaka; v. anche *Barcelona Traction*, cit., pag. 301, opinione dissenziente del Giudice Ammoun.

⁴⁸ V. Andrea Gattini, *Alcune osservazioni sulla tutela degli interessi individuali nei progetti di codificazione della Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità internazionale e sulla protezione diplomatica*, in Marina Spinedi, Alessandra Gianelli, Maria Luisa Alaimo (a cura di), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti: problemi e spunti di riflessione*, Milano: Giuffrè, 2006, pagg. 431-466.

⁴⁹ V. Christian Tomuschat, *Reparation for Victims of Grave Human Rights Violation*, cit., e Riccardo Pisillo Mazzeschi,

chiarire se il danno morale sofferto dall'individuo possa trovare riparazione attraverso il solo risarcimento, o se le forme di riparazione previste all'articolo 34 si prestino a delle particolarità nel caso di violazione di norme sui diritti umani. Infine, nel quadro della trattazione della questione della denuncia del diritto dell'invocazione della responsabilità, la Commissione non si sofferma su quali limiti la necessità di tutela degli interessi individuali ponga al diritto di disposizione dello Stato. L'articolo 45 prevede infatti l'accettabilità della perdita del diritto di invocare la responsabilità per rinuncia o acquiescenza, precisando tuttavia che tale perdita debba avvenire "validamente"⁵⁰: l'articolo non offre tuttavia elementi ulteriori di interpretazione.

3.3 L'impostazione del Progetto di articoli alla questione del danno

L'Articolato ha contribuito a meglio delineare la natura degli obblighi internazionali derivanti anche dal diritto dei diritti umani alla luce del superamento del concetto di danno materiale in danno giuridico. Già nel commento all'articolo 3 la Commissione prendeva nota dell'esistenza di un numero sempre maggiore di obblighi dello Stato in materia di protezione dei diritti umani o in materia di diritto internazionale del lavoro, norme la cui violazione in genere non determina un danno economico ad altri Stati parti né, tantomeno, incide sul loro onore o sulla loro dignità. Tuttavia, la Commissione riconosce che la violazione di tali norme costituisce un illecito internazionale, la quale determina necessariamente un danno nei confronti di un altro Stato parte e quindi l'interesse legittimo dello Stato leso ad invocare la responsabilità⁵¹. Pur evitando di adottare una nozione di "legal damage" o di "legal injury", il Progetto prevede infatti all'articolo 31.2 una definizione di "danno", originato dalla semplice trasgressione della norma di diritto internazionale, che copre tanto il danno materiale quanto quello morale⁵². Significativamente, la Commissione del diritto internazionale, com'è suffragato

International Obligations to provide for Reparation Claims?, in *State Responsibility and the Individual: Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, The Hague, 1999, pag. 149ss. V. Anche Christian Tomuschat, *Individual Reparation Claims in Instances of Grave Human Rights Violations: The Position under General International Law*, in Randelzhofer e. Tomuschat (a cura di), *State Responsibility and the Individual*, The Hague:Nijhoff, 1999, pag. 7.

⁵⁰ L'Articolato si limita a prevedere l'inammissibilità della rinuncia di fronte ad una violazione di una norma cogente previsione che sarebbe da interpretare nel senso che lo Stato leso non potrebbe condonare la violazione della norma cogente senza venir meno al tempo stesso ai suoi obblighi.

⁵¹ V. il commento all'articolo 3 cfr. Report of the International law commission, 53rd session, General Assembly Official Records, A/(56/10), pag. 225, par. 5.

⁵² Si tratta, del resto, di una posizione che ha accompagnato tutti i lavori della Commissione in quest'ambito: Ago afferma che "the former monopoly of the State directly injured by the internationally wrongful act of another State, as regard the possibility of resorting against the other State to sanctions which would otherwise be unlawful, is no longer absolute in modern international law": ILC Yearbook, vol II, part I, 43, para 91, 1979. V. Ian Scobbie, "The Invocation of Responsibility for the breach of obligations under peremptory norms of general international law", 13 *EJIL* 2002, 1201), fa osservare che la possibilità per uno Stato di invocare la responsabilità e chiedere la riparazione, è un tentativo ovvio di "take state responsibility beyond bilateral paradigm". V. anche Attila Tanzi, "Is Damage a Distinct Condition for the Existence of an Internationally Wrongful Act?", Marina Spinedi e Bruno Simma (a cura di), *United Nations Codification*

dal testo del commentario, aveva in mente in particolare lo sviluppo del diritti dei diritti umani nel momento in cui accettava un simile approccio alla questione del danno. Nel momento in cui riconosce l'esistenza di norme o beni giuridici d'importanza generale per tutta la Comunità internazionale, tale posizione conferma la lungimiranza di chi, come il Jessup, proponeva in taluni casi il riconoscimento della titolarità degli Stati ad agire a garanzia di determinati interessi comunitari, quali la protezione delle minoranze e i diritti dei lavoratori, a prescindere dalla dimostrazione di aver subito un danno materiale.

3.4 *Le modalità relative all'invocazione della responsabilità*

Questa impostazione alla nozione del danno determina una modulazione da parte della Commissione della questione dell'invocazione della responsabilità internazionale in modo che essa preveda rimedi diversi a seconda della specifica situazione giuridica di ciascuno Stato, vale a dire della sua maggiore o minore 'vicinanza' rispetto allo specifico illecito internazionale⁵³. Gli Stati propriamente lesi, secondo l'articolo 42 dell'Articolato, hanno diritto ad invocare la responsabilità se l'obbligo è dovuto a:

- (a) that State individually;
- (b) a Group of States including that State, or the international community as a whole, and the breach of the obligation:
 - (i) specifically affects that State, or
 - (ii) is of such a character as radically to change the position of all the other States to which the obligation is owed with respect to the further performance of the obligation.

L'articolo fa quindi riferimento al paragrafo (a) ad obblighi internazionali di carattere sinallagmatico, mentre al punto (b) a norme derivanti da trattati multilaterali (« a group of States ») o dal diritto consuetudinario la cui violazione leda direttamente lo Stato (questa, ad esempio la situazione dello Stato i cui cittadini abbiano subito un diniego di giustizia) oppure alla violazione di obblighi integrali⁵⁴. Simma fa notare come difficilmente uno Stato che invochi

of State Responsibility, 1987.

⁵³ Il progetto di articolo adottato nel 1996 prevedeva una nozione di Stato leso molto più ampia. L'articolo 40, in particolare, prevedeva che "if the right infringed by the act of a State arises from a multilateral treaty or from a rule of customary international law", ciascuno potesse considerarsi leso, se - inter alia - it is established that the right has been created ... for the protection of human rights and fundamental freedoms: v. Report of the ILC, 48th session, documento delle Nazioni Unite A/51/10.

⁵⁴ Sul punto, v. Pierre-Marie Dupuy, "A General Stocktaking of the Connections between the Multilateral Dimension of Obligations and Codification of the Law of Responsibility", 13 *EJIL* 2002, pag. 1072, e anche Linos-Alexander Sicilianos, "The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility", 13 *EJIL* 2002, pag. 1135.

la responsabilità internazionale di un altro Stato ritenuto violatore dei diritti umani dei propri cittadini sia in una posizione per cui la violazione comprometta la "further performance of the obligation". Difficilmente, poi, lo Stato invocante la responsabilità per violazioni dei diritti umani da parte di un altro Stato potrà dimostrarsi 'specially affected', in quanto non costituisce presumibilmente lo Stato di cittadinanza delle vittime.

In base a tali considerazioni si propende generalmente per giustificare la possibilità per uno Stato di invocare la responsabilità internazionale per una violazione dei diritti umani da parte di un altro Stato in quanto titolare di un interesse legittimo in tale situazione, secondo le modalità previste dall'articolo 48 dell'Articolato. Quest'ultimo prevede che gli Stati "altri", possono invocare la responsabilità se:

- (a) the obligation breached is owed to a group of States including that State, and is established for the protection of a collective interest of the group; or
- (b) the obligation is owed to the international community as a whole.

Lo stesso articolo, al secondo paragrafo, precisa tuttavia che:

Any State entitled to invoke responsibility under paragraph 1 may claim from the responsible State:

- (a) Cessation of the internationally wrongful act, and assurances and guarantees of non-repetition in accordance with article 30; and
- (b) Performance of the obligation of reparation in accordance with the preceding articles, in the interest of the injured State or of the beneficiaries of the obligation breached⁵⁵.

Pertanto, l'articolo 48, da una parte riconosce chiaramente la titolarità ad invocare la responsabilità in caso di norme istitutive di obblighi erga omnes, siano essi di natura pattizia o consuetudinaria; dall'altra, restringe l'ambito di applicazione delle misure di attuazione alle sole richieste di cessazione dell'illecito e di riparazione. In quest'ultimo caso, lo Stato invocante la responsabilità dovrà tuttavia dimostrare di agire 'nell'interesse' dello Stato leso oppure, alternativamente, "dei beneficiari degli obblighi violati". E' questo un elemento di straordinaria importanza per la teoria della responsabilità per violazione dei diritti umani, il quale rompe

⁵⁵ L'articolo continua osservando che "[3] The requirements for the invocation of responsibility by an injured State under articles 43, 44 and 45 apply to an invocation of responsibility by a State entitled to do so under paragraph. Il commento all'articolo 48 (pag. 128), sottolinea che: "In case of breaches of obligations under article 48, it may well be that there is no State which is individually injured by the breach, yet it is highly desirable that some State or States be in a position to claim reparation, in particular restitution. In accordance with paragraph 2 (b), such a claim must be made in the interest of the injured State, if any, or of the beneficiaries of the obligation breached. This aspect of article 48, paragraph 2, involves a measure of progressive development, which is justified since it provides a means of protecting the community or collective interest at stake. In this context it may be noted that certain provisions, for example in various human rights treaties, allow invocation of responsibility by any State party. In those cases where they have been resorted to, a clear distinction has been drawn between the capacity of the applicant State to raise the matter and the interests of the beneficiaries of the obligation. Thus, a State invoking responsibility under article 48 and claiming anything more than a declaratory remedy and cessation may be called on to establish that it is acting in the interest of the injured party".

un'impostazione puramente contrattualistica della responsabilità ed introduce un elemento di natura pubblicistica. Non sorprende che la dottrina italiana abbia avuto perplessità nel qualificare la posizione giuridica dello Stato « non direttamente leso », inteso di volta in volta come esercizio di un diritto soggettivo in senso tradizionale, come un diritto soggettivo di carattere piuttosto procedurale, come diritto soggettivo di natura collettiva, o infine come interesse legittimo pubblicistico⁵⁶. Né sorprende che anche gli autori coinvolti nell'opera di codificazione, come Simma, finiscano per riconoscere l'aspetto di sviluppo progressivo degli elementi di natura pubblicistica nella struttura dell'esecuzione della responsabilità.

Effettivamente, non sono molti gli esempi di invocazione della responsabilità da parte di Stati non direttamente lesi, al di fuori di meccanismi pattizi; si potrebbe forse anche contestare la rilevanza di taluni di essi. Tuttavia, la dottrina più attenta ha individuato l'esistenza di una prassi non trascurabile relativa alla denuncia di violazioni dei diritti umani, sebbene si tratti prevalente di casi di invocazione della responsabilità al fine di richiedere la cessazione dell'illecito, più che la riparazione per il danno subito, e non sempre sia chiara la formulazione di tali azioni in termini di invocazione in stretti termini giuridici della responsabilità internazionale⁵⁷. Tams, in particolare, ha elencato tredici casi registrati nel corso del xx secolo, di cui otto riguardanti il diritto dei diritti umani, in cui Stati non direttamente lesi hanno intrapreso contromisure in reazione alla commissione di un illecito internazionale⁵⁸. Cassese, come esempio ulteriore, cita una decisione del Senato italiano del 1999, fatta propria dal Governo, di condizionare formalmente la prosecuzione dell'assistenza economica dall'Italia al Guatemala al rispetto all'attuazione delle raccomandazioni contenute nel rapporto del 25 febbraio 1999 della Commissione istituita dagli accordi di Oslo del 23 giugno 1994 tra il governo del Guatemala e l'Unità rivoluzionaria nazionale guatemalteca⁵⁹.

La valutazione della consistenza e coerenza della prassi dipende in buona parte dal come qualificare le azioni di carattere politico-diplomatico intraprese al fine di protestare contro la commissione di determinate violazioni dei diritti umani e richiedere una riparazione, misure che vanno tenute distinte rispetto a misure di carattere diplomatico ma aventi una natura sanzionatoria. A questo proposito, si può utilmente fare riferimento alla distinzione operata da Kamminga tra l'invocazione di "accountability" per violazioni dei diritti umani già commesse o

⁵⁶ V. sul punto Andrea Gattini, "A Return Ticket to 'Communitarisme', Please", 13 *EJIL* 2002, pagg. 1192-1193, il quale cita come rappresentative delle diverse soluzioni prospettate rispettivamente Lattanzi, *cit.*, pag. 120, Forlati ("Azioni dinanzi alla Corte internazionale di giustizia rispetto a violazioni di obblighi erga omnes", 84 *RDI* 2001, pag. 69), Picone, (Obblighi reciproci, *cit.*, pag. 104) e Sperduti (*L'individuo nel diritto internazionale*, 1950, pag. 100). Sul punto v. anche James Crawford, *The Standing of States: A Critique of Article 40 of the ILC's Draft Articles on State Responsibility*, *Liber Amicorum Slynn of Hadley*, 23, 2

⁵⁷ V. Christian Tomuschat, *Claims in Instances of Grave Human Rights Violations*, *cit.*, pag. 5.

⁵⁸ *Cit.*, pag. 231.

⁵⁹ V. Senato della Repubblica, XIII legislatura, 634° seduta pubblica, resoconto sommario e stenografico, 7 giugno 1999, citato in Antonio Cassese, *International Law*, Oxford: OUP, 2005, pag. 394.

in procinto di essere commesse, e invocazioni di responsabilità in senso stretto. L'invocazione di "accountability", rispetto alla piena invocazione della responsabilità, prevede che uno Stato che è accusato di violazione di norme internazionali sui diritti umani presenti immediatamente delle spiegazioni in merito ad una certa condotta, ritenuta all'origine delle violazioni⁶⁰. Tale obbligo di "accountability" sarebbe stato descritto dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *Corfu channel*, nei seguenti termini: "A State on whose territory an act contrary to international law has occurred, may be called upon to give an explanation⁶¹".

Il Relatore della Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali, Gaja, nel momento di prendere in considerazione la prassi consistente relativa a *démarche* diplomatiche intraprese dall'Unione europea al fine di denunciare eventuali violazioni di norme a tutela di tali diritti e di chiederne la cessazione⁶², ha affermato una propria posizione favorevole rispetto alla possibilità per un'organizzazione internazionale di invocare la responsabilità. Avremo modo di sviluppare questi aspetti nella terza parte del presente lavoro, ma per il momento basti richiamare il fatto che, in ambito multilaterale, successivamente alla riforma del sistema dei diritti umani delle Nazioni unite, diversi strumenti si affiancano alla presentazione di proposte di risoluzioni di condanna in seno in particolare all'Assemblea generale delle Nazioni unite (per il tramite della sua Terza Commissione) o del Consiglio dei diritti umani.

3.5 Diritti umani e contromisure

Venendo ora a trattare dell'attuazione della responsabilità, desideriamo richiamare anzitutto la definizione di contromisure data dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *Gabcikovo-Nagymaros*, e ripresa sostanzialmente nell'Articolato, la quale prevede l'obiettivo principale di ripristino della legalità internazionale, attraverso la cessazione dell'illecito, la garanzia della riparazione, e quindi la prevenzione⁶³ di simili violazioni in futuro, piuttosto che una natura punitiva⁶⁴. In stretta relazione con tale qualificazione del concetto di contromisura, occorre apprezzare il fatto che considerazioni relative alla protezione e promozione dei diritti umani si sono imposte nel dibattito sullo sviluppo progressivo del regime della responsabilità un vincolo essenziale per l'attuazione della responsabilità, ed in particolare sulla promozione, entro

⁶⁰ V. Menno T. Kamminga, *Inter-State Accountability for Violations of Human Rights*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992, pagg. 130-132.

⁶¹ V. *ICJ Reports* 1949, pag. 18.

⁶² V. si parr. 33, 58 e 59 del sesto rapporto sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali, contenuto nel documento delle Nazioni unite A/CN.4/597 del 1° aprile 2008.

⁶³ Sul punto, v. Pierre-Marie Dupuy, "A General Stocktaking of the Connections between the Multilateral Dimension of Obligations and Codification of the Law of Responsibility", 13 *EJIL* 2002, pag. 1057.

⁶⁴ V. *Gabcikovo-Nagymaros Project*, Decision, 25 September 1997, *ICJ Reports* 1997.

un quadro giuridico definito, delle contromisure.

Il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni unite, nel suo Commento generale 8 del 1997, ha senz'altro contribuito ad un tale dibattito attraverso una valutazione sull'impatto delle sanzioni economiche sul pieno godimento dei diritti umani riconosciuti nel Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali. L'anno successivo, la Commissione dei diritti umani delle Nazioni unite⁶⁵ aveva espresso preoccupazione in una risoluzione circa l'impatto negativo delle contromisure unilaterali illegali sulla piena attuazione dei diritti umani. In base all'Articolato licenziato nel 2001 alcun tipo di reazioni all'illecito deve impedire l'attuazione degli obblighi relativi alla protezione dei diritti umani fondamentali. In veste di *rappporteur* Arangio-Ruiz aveva avvertito la difficoltà di stabilire chiaramente una soglia al di là della quale le contromisure andrebbero condannate in quanto in violazione di "obblighi umanitari", affermando da una parte che "not all human rights or individual interests could reasonably qualify"⁶⁶, mentre "whatever the seriousness of the violation involved, the injured State's measures could not be such as to tread upon *fundamental principles of humanity* to the detriment of the offending State's nationals in the injured State's territory: by violating for example, their right to life, their right not to be subject to physical or moral violence, notably to torture, slavery or any other indignity"⁶⁷. Altri autori preferiscono invece ricondurre il ricorso alla nozione di "diritti umani fondamentali" al fatto che determinate convenzioni internazionali sui diritti umani prevedono la non-derogabilità di determinati diritti. Secondo Koskeniemi, tuttavia, l'impatto del diritto dei diritti umani nel ridefinire un regime della responsabilità, ed in particolare dell'attuazione della responsabilità, affinché esso risulti essere coerente con determinate procedure istituzionali, « principles of due process, transparency and the possibility of administrative and perhaps judicial review ⁶⁸», sembra essere limitato.

In secondo luogo, la tendenza all' « oggettivizzazione » della responsabilità, aspetto dal nostro punto di vista ifondamentale nel rafforzare il grado di attuazione del diritto dei diritti umani, trova riscontro anche nella parte dell'Articolato dedicata alla attuazione della responsabilità. Il commentario specifica chiaramente che in relazione ad obblighi relativi ai diritti umani, dal momento che "the obligations in question have a non reciprocal character and are not only due to other States but to the individuals themselves", un regime di contromisure di carattere strettamente reciproco non sarebbe "assolutamente concepibile"⁶⁹. La norma prevista all'articolo 54 prevede che gli Stati non direttamente lesi possano infatti intraprendere delle "misure lecite" in reazione all'illecito. Il commentario a tale articolo sottolinea tuttavia come la

⁶⁵ Risoluzione 11/1998.

⁶⁶ V. Third report on State responsibility, UN/CN.4/440 and add. 1, par. 110.

⁶⁷ *Ibidem*, par. 104.

⁶⁸ Cfr. Martti Koskeniemi, "Solidarity Measures...", pag. 355.

⁶⁹ Cit. pag. 129.

prassi relativa alle contromisure prese da Stati diversi dallo Stato leso sono attualmente "limited and rather embryonic"⁷⁰, mettendo in evidenza come "the current state of international law on countermeasures taken in the general or collective interest is uncertain", che "state practice is sparse and involves a limited number of States" e concludendo che "at present, there appears to be no clearly recognised entitlements of States referred to in Article 48 to take countermeasures in the collective interest"⁷¹.

Simma aveva espresso l'opinione che già allo stato attuale del diritto internazionale siano ammissibili contromisure da parte di singoli Stati, anche al di fuori di uno specifico contesto pattizio, successivamente al riscontro di "consistent patterns of gross and reliably attested violations of human rights and fundamental freedoms" nel caso in cui "attempts to bring about collective action fail in the UN and other international bodies"⁷². Con queste osservazioni, egli confermava sostanzialmente il dispositivo di una celebre risoluzione del 1989 dell'Istituto di diritto internazionale, per cui "gli Stati, agendo individualmente o collettivamente, hanno diritto ad intraprendere misure diplomatiche, economiche o altre nei confronti di uno Stato che abbia violato l'obbligo di assicurare il rispetto dei diritti umani"⁷³. Tenendo presente che l'articolo 54, con l'espressione "lawful measures" in reazione alla violazione del diritto internazionale, ricomprende azioni di carattere diplomatico e politico, la cui tipologia nel caso di violazioni dei diritti umani è oramai estremamente articolata: ben al di là della minaccia della sospensione dei diritti di membro di una determinata organizzazione o l'esclusione, o ancora la minaccia di boicottare determinati eventi promossi in seno al movimento sportivo internazionale⁷⁴, gli Stati hanno a disposizione molteplici strumenti al fine di richiedere la cessazione di determinate violazioni, tanto agendo in ambito multilaterale quanto nell'ambito della loro politica estera

⁷⁰ Cfr. pag. 351.

⁷¹ Cfr. pag 355, par. 88. La Commissione cita quindi sei esempi, quattro dei quali relativi alla promozione e protezione dei diritti umani. anzitutto, nel 1978, gli Stati Uniti sospesero il commercio con l'Uganda nel momento in cui il Congresso stabilì che si stava commettendo un genocidio. Nel 1981, gli Stati Uniti, il Regno Unito, la Francia, i Paesi Bassi, la Svizzera e l'Austria sospesero i diritti di atterraggio di Aeroflot e LOT successivamente alla repressione delle manifestazioni in Polonia. Nel 1986, gli Stati Uniti sospesero i diritti di atterraggio della South African Airlines sul territorio statunitense, in violazione del US-South African Aviation Agreement, in riconoscimento della politica dell'apartheid nel Paese. Infine, nel 1998, i membri della Comunità europea congelarono i beni jugoslavi e imposero un flight ban sui voli jugoslavi in diretta risposta alle violazioni dei diritti umani in Kosovo.

⁷² Cfr. Bruno Simma, *International Crimes: Injury and Countermeasures, Comments on Part 2 of the ILC Work on State Responsibility*, in *International Crimes of States*, cit.

⁷³ Se per *Abi-Saab*, nella prassi contemporanea, le principali reazioni alla violazione dei diritti umani sono classificabili in tre categorie (reazioni diplomatiche, reazioni passive legali – quale il non riconoscimento di determinate azioni legislative o di atti politici – e reazioni positive legali – compresa l'introduzione di una procedura in seno ad un tribunale internazionale), l'Institut de droit International a Commissione del diritto internazionale ha osservato come il principale strumento per far valere la violazione di obblighi erga omnes sia quello giudiziario, v. la Risoluzione "The protection of human rights and the principle of non-intervention in internal affairs of States", *Annuaire de l'Institut de droit International, Institute of international law declaration, Yearbook of the Institute of international law*. Osservando che "in the event of a breach of these obligations, every State must be justified in invoking – probably through judicial channel – the responsibility of the State committing the internationally wrongful act", Report ILC, 28a sessione, 1976, pag. 99, par. 10.

⁷⁴ Sul punto, v. Benedetto Conforti, "The Institutional Framework", in J.h.H. Weiler, Antonio Cassese e Marina Spinedi (a cura di), *International Crimes of States*, cit., pag. 266.

bilaterale.

Emerge evidentemente il problema dei rischi che un schema ampiamente decentralizzato dell'attuazione della responsabilità comporti per il diritto dei diritti umani⁷⁵. Non ultimo il fatto che le contromisure possano in definitiva essere messe in atto solo dagli Stati maggiormente potenti, i quali potrebbero orientare la loro azione sanzionatoria dell'illecito internazionale soltanto a determinate situazioni politiche⁷⁶. Ma vi è soprattutto la questione – non risolta sopra da Simma – di come coordinare l'azione di più Stati che dovessero promuovere delle contromisure⁷⁷. In presenza di regimi giuridici caratterizzati dall'esigenza di promuovere interessi comunitari, il ricorso unilaterale ad eventuali contromisure rischierebbe di ledere i diritti soggettivi di altri Stati. Risulta essere di difficile apprezzamento la proposta di Reisman di trovare un antidoto a tale problema strutturale del diritto internazionale, a livello di norma primaria, sviluppando “clear guidelines [...] to regulate the lawfulness of universal human rights initiatives by third states⁷⁸”. Già queste brevi considerazioni evidenziano la tensione tra l'esigenza di assicurare l'efficacia dei diritti umani in fase di attuazione della responsabilità, e dall'altra i rischi derivanti dall'assenza di una centralizzazione o quanto meno di un coordinamento dell'attuazione delle reazioni all'illecito, ambivalenza che secondo Simma si situa tra “the (bilateralist as it were) imperative of certainty in the law and, consequently, adequate domestication of third-parties reactions”, da una parte, e “the necessity to provide the community interest in the observance of obligations *erga omnes* with a fair chance of enforcement⁷⁹”, dall'altra.

4. Regime speciale relativo alla violazione di obblighi di diritto cogente ed istituzionalizzazione dell'attuazione della responsabilità

All'articolo 41, il Progetto prevede un dovere per gli Stati di co-operare al fine di ottenere la cessazione attraverso mezzi leciti di gravi violazioni di obblighi derivanti dal diritto internazionale cogente. In base all'articolo 40, sono gravi quelle violazioni del diritto cogente che si implicano il fallimento esteso o sistematico da parte dello Stato responsabile di dare attuazione al rispettivo obbligo. Inoltre, il secondo paragrafo dell'articolo 41 prevede che “no

⁷⁵ V. Daniel Alland, “Countermeasures of general interest”, 13 *EJIL* 2002, pag. 122.

⁷⁶ V. Third Report, A/CN.4/507/Add.4, par. 405.

⁷⁷ V. Pierre-Marie Dupuy, « Observations sur la pratique recente des sanctions de l'illicite », 87 *Revue générale de droit international public* 1983, pag. 515.

⁷⁸ Lo studioso americano osserva che: “Because human rights considerations introduce so many more variables into the determination of lawfulness, an even heavier burden of deliberation devolves upon international lawyers in assessing the lawfulness of actions [...] if complexity of decision is the price for increased human dignity on the planet, it is worth it: cfr. Michael Reisman, “Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law”, 84 *AJIL* 1990, pag. 876.

⁷⁹ Cfr. Bruno Simma *From Bilateralism to Community...*, cit, pag. 271. V. anche Jochen Frowein, “Collective enforcement of international obligations”, 47 *ZaoRV* 1987, pag. 67.

State shall recognize as lawful a situation created by a serious breach within the meaning of article 40, nor render aid or assistance in maintaining that situation”.

Second il commentario a quest’articolo, il dovere di cui all’articolo 41 è un dovere di cooperazione di carattere positivo, il quale può assumere contenuto diverso a seconda delle circostanze diverse, e riguarda la totalità degli Stati, a prescindere dal fatto che essi siano o meno individualmente interessati dall’illecito internazionale⁸⁰. Il commentario precisa che l’obiettivo degli sforzi “comuni e coordinati” degli Stati è quello di reagire agli effetti dell’illecito. Il commentario inoltre osserva che la cooperazione “could be organized in the framework of a competent international organization, in particular the United Nations”, pur senza escludere che tale cooperazione si svolga in un quadro non istituzionalizzato.

Tale formulazione non ci aiuta a decifrare il tipo di “nuovo ordine internazionale⁸¹” cui aspiravano i redattori dell’Articolato in sede di finalizzazione del progetto di codificazione: l’espressione “competent international organisations, including the Security Council and the General Assembly” non descrive in maniera adeguata il sistema di sicurezza collettiva delle Nazioni unite”. Né ci è d’aiuto il successivo articolo 41 del Progetto, il quale prevede un obbligo per gli Stati di cooperare, “per quanto possibile”, al fine di porre fine alla violazione grave di una norma cogente. Tale norma richiama l’articolo 4 della Dichiarazione sulle relazioni amichevoli tra Stati, il quale evidenzia la necessità per gli Stati di cooperare per il mantenimento della pace e della sicurezza nonché per la promozione dei diritti umani, delle libertà fondamentali e l’eliminazione di ogni tipo di discriminazione razziale ed intolleranza religiosa ; anche l’articolo 41, purtroppo, non offre alcun dettaglio in merito alle modalità della concreta attuazione ed eventuale istituzionalizzazione della cooperazione in materia di responsabilità. Se l’articolo 59 prevede una clausola generale di non pregiudizio in generale al contenuto della Carta delle Nazioni unite, non è chiaro, in base al regime previsto dal Progetto di articoli, se prima di intraprendere delle contromisure, uno Stato debba impegnarsi per una soluzione pacifica della controversie, in linea con quanto previsto dall’articolo 33 della Carta⁸². L’unico elemento che sembra potersi ricavare dalla lettura degli articoli 40, 41 e 59 è che la Commissione non intenda escludere la possibilità per uno Stato di intervenire unilateralmente⁸³, come del resto confermato dall’articolo 54 :

⁸⁰ Gattini anzi sostiene che lo Stato non possa rinunciare al diritto di invocare la responsabilità, tanto esplicitamente quanto per acquiescenza: v. id., “A Return Ticket to ‘Communitarisme’, Please”, 13 *EJIL* 2002, pag.1181, 1198.

⁸¹ Cfr. Martti Koskeniemi, “Solidarity Measures: State Responsibility as a New International Order”, 71 *British Yearbook of International Law* 2002, pag. 337.

⁸² V. Gaetano Arangio-Ruiz, “Counter-measures and Amicable Dispute Settlement: Means in the implementation of State responsibility, A Crucial Issue for the ILC” 5 *EJIL* 1994 e Bruno Simma, *Does the UN Charter provide for an adequate legal basis for individual and collective responses to violations of obligations erga omnes?*, *The Future of International Law Enforcement New Scenarios New Law?*, cit.

⁸³ Per un commento, v. Giorgio Gaja, *Do States have a duty to ensure compliance with obligations erga omnes by other States?*, pag. 34.

This chapter does not prejudice the right of any State, entitled under article 48, paragraph 1, to invoke the responsibility of another State to take lawful measures against that State to ensure cessation of the breach and reparation in the interest of the injured State or of the beneficiaries of the obligations breached.

La dottrina ha già messo in evidenza come un regime di attuazione della responsabilità che veda un ruolo sussidiario delle Nazioni unite e degli Stati, compresi quelli non direttamente lesi, risponda di fatto alle esigenze parallele di efficacia e promozione dell'interesse generale descritte sopra da Simma⁸⁴. Tuttavia, il fatto che l'Articolato non descriva con maggiore dettaglio l'articolazione di tale ruolo sussidiario di Stati e "organizzazioni internazionali competenti" non tiene pienamente conto della specificità del regime della responsabilità nell'ambito della tutela di interessi solidali, dove si ritiene che in linea di principio le contromisure collettive e sviluppate in un quadro multilaterale possono svolgere una migliore funzione deterrente al fine di assicurare l'obbligo di non ripetizione⁸⁵.

Possiamo tuttavia domandarci che tipo di cooperazione in questo senso possa avere luogo nell'ambito del sistema dei diritti umani delle Nazioni unite. Una prima possibilità consiste nel fatto che gli Stati parti al Patto sui diritti civili e politici siano tenuti a cooperare al fine di invocare la responsabilità dello Stato che violi gravemente una norma di diritto cogente inserita nel Patto, come ad esempio il divieto di schiavitù, ed avvii un ricorso inter-statale secondo le modalità previste dal Patto stesso. Occorre segnalare che il Comitato dei diritti umani ha incoraggiato ciascuno Stato parte al Patto internazionale sui diritti civili e politici non solo ad accettare la clausola opzionale relativa ai ricorsi inter-statali, ma anche a ricorrere sistematicamente a tale possibilità, la quale sembra essere configurata dal Comitato come un vero e proprio dovere: secondo il Comitato, ciascuna Parte contraente ha un interesse legale nell'attuazione (performance) da parte degli altri Stati degli obblighi ivi previsti, poiché, « le norme relative ai diritti basilari della persona » istituiscono degli obblighi erga omnes e « la dimensione contrattuale del trattato [...] impegna ciascuno Stato contraente nei confronti delle altre Parti al rispetto dei suoi obblighi derivanti dal trattato⁸⁶».

⁸⁴ V., in questo senso, Joachim Frowein, *Reactions by Not Directly Affected States to Breaches of Public International Law*, 248 *RdC* 1994-IV, pag. 412, e Bruno Simma, *Bilateralism and Community Interest in the Law of State Responsibility*, in Y. Dinstein e M. Tabory (a cura di), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, 1989, pag. 842.

⁸⁵ V. Alain Pellet, "The new draft Articles of the International Law Commission on the responsibility of States for internationally wrongful acts: a requiem for States' crime?", 75 *NYILL* 2001.

⁸⁶ Il Comitato riconosce tuttavia che "the mere fact that a formal interstate mechanism for complaints to the Human Rights Committee exists in respect of States parties that have made the declaration under article 41 does not mean that this procedure is the only method by which States parties can assert their interest in the performance of other States parties". Esso inoltre continua osservando che: "On the contrary, the article 41 procedure should be seen as supplementary to, not diminishing of, States parties' interest in each others' discharge of their obligations. Accordingly, the Committee commends to States parties the view that violations of Covenant rights by any State party deserve their attention. To draw attention to possible breaches of Covenant obligations by other States parties and to call on them to comply with their Covenant obligations should, far from being regarded as an unfriendly act, be considered as a reflection of legitimate community interest": Commento generale 31 del 29 marzo 2004 su "The Nature of the General Legal

Il Comitato sembra quindi suggerire l'esistenza di obbligo derivante dai trattati sui diritti umani relativo al dovere di garantire l'integrità dei regimi oggettivi istituiti da tali trattati in capo a tutti gli Stati partecipanti a tali regimi. L'esistenza, o emergere progressivo, di una tale norma, ci sembra tuttavia difficilmente giustificabile, soprattutto alla luce del fatto che, a differenza del diritto internazionale umanitario⁸⁷, i trattati sui diritti umani non prevedono esplicitamente un obbligo positivo rispetto al controllo attivo del rispetto delle disposizioni convenzionali da parte degli altri Stati.

Alcuni autori ricollegano l'emergere di un tale obbligo di uno Stato parte di invocare la responsabilità di tutte le altre Parti in caso di presunta violazione degli obblighi convenzionali, alla luce della necessità di rispetto dell'integrità dei regimi obbiettivi istituiti dai diritti umani⁸⁸. Henkin ritiene che un simile obbligo discenda oltre che dal trattato sui diritti umani contenente norme erga omnes partes, anche dalla Carta delle Nazioni unite, la quale impegna gli Stati membri dell'Organizzazione ad intraprendere "joint and separate action" to achieve "universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms⁸⁹". Nel medesimo senso si leggerebbe la celebre pronuncia dell'Assemblea generale, nella sua risoluzione del 1970 sui principi di diritto internazionale relativi alle relazioni amichevoli e alla co-operazione tra Stati in linea con la Carta delle Nazioni unite, in cui si riconosceva che:

Every State has the duty to promote through joint and separate action universal respect for and observance of human rights and fundamental freedoms in accordance with the Charter⁹⁰.

Sempre secondo Henkin, nulla vieterebbe che gli Stati parti di un determinato regime contrattuale esplicitino tale obbligo di invocazione della responsabilità attraverso il sistema di presentazione periodico dei rapporti, includendo nel proprio rapporto nazionale delle

Obligation Imposed on States Parties to the Covenant", contenuto nel documento delle Nazioni unite HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I) , pag 243.

⁸⁷ E' noto che l'articolo 1 della quarta Convenzione di Ginevra prevede che "The High Contracting Parties undertake to respect and to ensure respect for the present Convention in all circumstances". Il commentario di Jean Pictet a questa disposizione osserva che "...the Contracting Parties should not be content merely to apply its provisions themselves, but should do everything in their power to ensure that the humanitarian principles underlying the Convention are applied universally".

⁸⁸ V. Yoram Dinstein, "The erga omnes applicability of human rights", pag. 18. V. anche Mark Gibney, Katarina Tomas evski e Jens Vedsted-Hansen, "Transnational State Responsibility for Violations of Human Rights", 12 *Harvard Human Rights Journal* 1999. La posizione non è invece condivisa da Higgins, in un'opinione disgiunta al Parere sul muro in cui sottolinea che l'esistenza di determinati diritti in cui, a causa della loro importanza, "all States have a legal interest in their protection", non ha niente a che fare con il fatto di "imposing substantive obligations on third parties to a case": par. 37.

⁸⁹ Similmente, la risoluzione "The Protection of Human Rights and the Principle of NON-Intervention in Internal Affairs of States", dell'Institut de droit international, nella sessione del 1989 di San Giacomo di Compostela, fa riferimento ad un "duty of solidarity among all States to ensure as rapidly as possible the effective protection of human rights throughout the world". Interessante anche leggere il commento di René-Jean Dupuy a questa risoluzione. Per l'autore francese "il s'agit non pas d'une faculté, mais d'un devoir qui pese sur les members de la communauté des nations. Cela entraine egalement des devoirs en matière d'aide humanitaire, un domaine ou des progres recents ont ete enregistrés, y compris au sein de l'AG, en ce qui concerne les secours en cas de catastrophes naturelles".

⁹⁰ Risoluzione 2625 del 24 ottobre 1970.

informazioni sul livello di attuazione del medesimo trattato da parte degli altri Stati parti⁹¹. Alla obiezione per cui una simile possibilità non sia stata ancora esplorata per il momento, si può rispondere, con Clapham, osservando che ciò non ci deve distogliere dal fatto che tali possibilità esistono concretamente nel regime della responsabilità applicabile⁹².

Un altro aspetto relativo all'obbligo di rispetto dell'integrità dei regimi obiettivi creati dai trattati sui diritti umani è costituito dalla esplicitazione del principio della solidarietà tra Stati. La dottrina giusinternazionalistica ha affrontato sistematicamente la questione dell'emergenza di un principio di diritto internazionale sulla solidarietà: peraltro, alcuni autori non esitano ad indicare nel consolidarsi di un tale principio un'ulteriore conferma di un processo in atto di costituzionalizzazione internazionale⁹³. Tale dottrina richiama il fatto che l'Assemblea generale delle Nazioni unite non ha esitato a qualificare il principio di solidarietà quale "valore fondamentale" della Comunità internazionale, "by virtue of which global challenges must be managed in a way that distributes costs and burdens fairly in accordance with basic principles of equity and social justice and ensures that those who suffer or who benefit the least receive help from those who benefit the most"⁹⁴. Secondo Virally, pur mantenendo una dimensione politica, il principio di solidarietà assume una precisa connotazione giuridica nel momento in cui contribuisce alla creazione, modifica o conferma di diritti ed obblighi⁹⁵. Wellens chiarisce ulteriormente che il principio di solidarietà ha varie implicazioni normative, le quali spaziano dall'istituzione di obblighi o diritti duali al divieto di riconoscimento di una determinata situazione giuridica⁹⁶.

In base ad indicazioni del diritto convenzionale dei diritti umani, quale risulta essere interpretato dai rispettivi organi internazionali di controllo, il principio di solidarietà implica da una parte un dovere degli Stati di considerare di richiedere forme di assistenza esterna al fine di dare attuazione ai propri obblighi internazionali in materia di diritti umani. Sotto questo profilo, ci si interroga se la formalizzazione di una richiesta internazionale di assistenza per l'attuazione di determinati obblighi in materia di diritti umani abbia delle implicazioni in relazione alla responsabilità internazionale di tale Stato. In secondo luogo, tale principio implica un dovere di assistenza da parte degli altri Stati ed eventualmente della Comunità internazionale, sulla base del consenso da parte dello Stato beneficiario. Si suole citare in questo

⁹¹ V. Louis Henkin, *Inter-State Responsibility for Compliance with Human Rights Obligations*, in *International responsibility today: Essays in memory of Oscar Schachter*, cit.

⁹² V. Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford: OUP, 2005, pagg. 97-98.

⁹³ V. Ronald St. John MacDonald, *The International Community as a Legal Community*, cit., pagg. 871-872.

⁹⁴ V. UNGA 56/151, par. 3.

⁹⁵ V. Michel Virally, *Le rôle des principes dans le développement du droit international*, in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, IUHEI, 1968, pag. 901.

⁹⁶ V. Karel Wellens, *Solidarity as a Constitutional Principle: Its Expanding Role and Inherent Limitations*, pag. 777.

senso l'articolo 4 della Convenzione sui diritti dei bambini e degli adolescenti⁹⁷, il quale viene commentato nei seguenti termini dal Comitato delle Nazioni unite sui diritti dei bambini e degli adolescenti:

States need to be able to demonstrate that they have implemented “to the maximum extent of their available resources” and, where necessary, have sought international cooperation . When States ratify the Convention, they take upon themselves obligations not only to implement it within their jurisdiction, but also to contribute, through international cooperation, to global implementation⁹⁸

Il Consiglio dei diritti umani delle Nazioni si è proposto di approfondire l'esistenza ed eventualmente la portata giuridica di un tale principio di solidarietà, e ha incaricato un suo esperto indipendente di intraprendere un'analisi ad hoc con l'obiettivo finale di preparare un progetto di dichiarazione sui diritti dei popoli e degli individui alla solidarietà umana. Il più recente rapporto prodotto da tale Esperto indipendente, il quale sarà presentato e discusso dal Consiglio dei diritti umani nella sua 12a sessione ordinaria nel settembre 2009, prevede che:

While most of the arrangements that guide cooperation practice belong to the realm of soft law (lex ferenda and international public policy rather than lex lata), there is clearly a supreme value of solidarity and a related value system that can inform the progressive development of international law, legal development at the regional and national levels towards an integrated and cohesive principle of international solidarity, as well as an emerging right of peoples and individuals to international solidarity. The principle of solidarity could be regarded as a general principle of law, evidenced by hard and soft laws, and supported by policies and practices; in certain areas, it could be regarded as customary law in the making⁹⁹.

⁹⁷ States Parties shall undertake all appropriate legislative, administrative, and other measures for the implementation of the rights recognized in the present Convention. With regard to economic, social and cultural rights, States Parties shall undertake such measures to the maximum extent of their available resources *and, where needed, within the framework of international co-operation*”, corsivo aggiunto

⁹⁸ Cfr. General comment n. 5 (2003) su “General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child”, documento delle Nazioni unite CRC/GC/2003/5 del 23 novembre 2003. Il paragrafo 60 del Commento generale aggiunge che: “Article 4 emphasizes that implementation of the Convention is a cooperative exercise for the States of the world. This article and others in the Convention highlight the need for international cooperation”.

⁹⁹ V. Report of the independent expert on human rights and international solidarity, Rudi Muhammad Rizki, appointed pursuant to resolution 2005/55 of the Commission on Human Rights A/HRC/12/27, pag 8. Già in precedenza, il principale organo di analisi giuridica e politica della Commissione dei diritti umani, ossia la Sotto-Commissione sulla promozione e protezione dei diritti umani, aveva intrapreso uno studio sull'inquadramento teorico dell'assistenza tecnica ai diritti umani. V. Gudmundur Alfredsson e Ibrahim Salama, *Technical co-operation in the field of human rights, Sub-Commission on the promotion and protection of human rights*, 24 June 2005, E/CN.4/Sub.2/2005/41, par 1.

5. La Responsabilità internazionale dell'organizzazione internazionale in relazione al diritto dei diritti umani

Nel capitolo precedente abbiamo già preso in considerazione una specifica dimensione del dibattito relativo al regime della responsabilità dell'organizzazione internazionale, ossia la possibilità che un'organizzazione internazionale invochi la responsabilità di un suo Stato membro, di uno Stato terzo o di un'altra organizzazione¹⁰⁰. L'analisi dei casi di invocazione da parte dell'Unione europea delle violazioni di norme sui diritti umani da parte di un Paese terzo è stata strumentale al fine di confermare l'esistenza di una prassi consolidata in materia di invocazione della responsabilità in quest'ambito specifico del diritto internazionale. In coda all'analisi del tema della responsabilità dello Stato per fatto illecito internazionale, prendere in considerazione il tema della responsabilità dell'organizzazione internazionale ci permette di approfondire l'ipotesi per cui un eventuale processo di costituzionalizzazione internazionale interessi anche quelle funzioni di governo delegate dagli Stati alle organizzazioni inter-governative¹⁰¹.

Allo stato attuale del diritto internazionale, si accetta il fatto che le organizzazioni internazionali inter-governative in quanto entità che godono di soggettività internazionale distinta rispetto a quella dei loro Stati membri, siano destinatarie di obblighi internazionali¹⁰². Tale convinzione si fonda anzitutto su pronunce autorevoli della Corte internazionale di giustizia¹⁰³, sul lavoro di codificazione intrapreso nel 2002 dalla Commissione del diritto

¹⁰⁰ V. supra. Il Relatore speciale della Commissione del diritto internazionale per la responsabilità dell'organizzazione internazionale analizza in particolare la possibilità che un'organizzazione internazionale goda di un diritto di invocazione della responsabilità in caso di violazione di un obbligo dovuto alla comunità internazionale nel suo insieme, osservando che tale facoltà dipenderebbe dal contenuto dell'obbligo in questione nonché dal mandato dell'organizzazione. L'esempio addotto dal Prof. Gaja in questo senso è una posizione comune del Consiglio dell'Unione europea del 26 aprile 2000 intitolata "Gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani in Birmania". V. anche per ulteriori riferimenti bibliografici: Paolo Palchetti, "Reactions by the European Union to breaches of *erga omnes* obligations", in Enzo Cannizzaro (a cura di), *The European Union as an Actor in International Relations*, The Hague: Kluwer Law International, 2002, pag. 219, a pag. 226.

¹⁰¹ V. *Waite and Kennedy c. Germania*, sentenza del 18 febbraio 1999, par. 67, ricorso n. 26083/94, in *Publications*, series A, 1999, vol. I, pagg. 393ss.

¹⁰² In questo senso v. Karel Wellens, *Remedies Against International Organizations*, Cambridge: CUP, 2002, *infra*; James Crawford, *International Law as an Open System*, London: Cameron May, 2002, pag. 30; Chittharanjan F. Amerasinghe, *Liability to Third Parties of Member States of International Organizations: Practice, Principle and Judicial Precedent*, 85 *AJIL* 1991, pagg. 259-280.

¹⁰³ Anzitutto, il Parere sulla riparazione dei danni subiti al servizio delle Nazioni Unite dell'11 aprile 1949: se si sostiene che l'Organizzazione delle Nazioni unite abbia la capacità di pretendere ed ottenere una riparazione per danni subiti, in quanto soggetto di diritto internazionale, occorre anche ammettere che l'Organizzazione possa essere ritenuta responsabile di un illecito internazionale. Tale impostazione è in linea con il Parere riguardante l'interpretazione dell'Accordo del 25 marzo 1951 tra l'OMS e l'Egitto, in cui la Corte internazionale di giustizia affermò che: "International organizations are subjects of international law and, as such, are bound by any obligations incumbent upon them under general rules of international law, under their constitutions or under international agreements to which they are parties" (cfr. par. 37). Tuttavia, qualche anno più tardi, la Corte chiarisce che il possesso di soggettività internazionale da parte di un'organizzazione internazionale non implica che l'organizzazione abbia gli stessi diritti e doveri di uno Stato, poiché non possiede una competenza generale, bensì la sua azione si fonda sul principio di specialità: cfr. *Legality of the use by a state of nuclear weapons in armed conflict* 1996, par. 25.

internazionale¹⁰⁴, ma anche sulla base di un ricco dibattito dottrinario, sviluppato successivamente in particolare al fallimento nel 1985 dell'organizzazione internazionale International Tin Council¹⁰⁵. Seppure sulla base di una prassi ancora limitata, la dottrina ha chiarito che tanto in base al diritto interno¹⁰⁶ quanto in base al diritto internazionale, all'organizzazione internazionale possa essere attribuita una responsabilità, la quale può essere invocata da parte di uno Stato membro o da uno Stato terzo, da un ente morale o da un individuo. Tale responsabilità può fare riferimento ad obblighi negativi o positivi assunti dall'organizzazione internazionale e derivanti da una determinata condotta, cioè da una specifica azione o inazione¹⁰⁷. Come anche nel caso della responsabilità dello Stato, si può ritenere che un'organizzazione internazionale assuma una responsabilità in quanto aiuta od assiste, o ancora dirige e controlla un altro Stato o un'altra organizzazione internazionale nella commissione di un illecito internazionale, oppure esercita coercizione nei confronti di uno Stato affinché commetta un atto illecito¹⁰⁸.

Occorre poi prendere in considerazione due ulteriori questioni piuttosto dibattute e

¹⁰⁴ In tale anno, la Commissione decise di ascrivere al suo programma di lavoro un'iniziativa di codificazione sulla responsabilità dell'organizzazione internazionale per fatto illecito internazionale nonché sulla questione connessa della responsabilità dello Stato per la condotta di un'organizzazione internazionale col fine di completare l'articolato sulla responsabilità dello Stato. Tale decisione si ricollega ad una esplicita raccomandazione della stessa Commissione in seguito all'adozione in prima lettura dell'articolato sulla responsabilità dello Stato. Quest'ultimo testo, come abbiamo messo in luce nel capitolo precedente, tratta solo marginalmente della situazione della responsabilità dell'organizzazione internazionale, ed in particolare attraverso il caveat dell'articolo 57. Sempre nel 2002, la Commissione decise di nominare il Prof. Giorgio Gaja Relatore speciale per la presente tematica.

¹⁰⁵ Il fallimento di quest'organizzazione, istituita nel 1956, diede seguito ad una serie di ricorsi di fronte al giudice inglese. Alcuni di tali ricorsi furono dibattuti sino alla House of Lords: *J.H. Rayner (Mincing Lane) Ltd v. Department of Trade and Industry and others and related appeals*; *Mac Laine Watson Ltd v. Department of Trade and Industry and others and MacLaine Watson Ltd v. International Tin Council*. Con sentenza del 26 ottobre 1989 (81 ILR, pag. 670), la House of Lords, pur confermando che l'organizzazione fosse in possesso di una personalità giuridica distinta da quella degli Stati membri – ritenne di non poter giudicare l'eventuale responsabilità concorrente degli Stati. In dottrina v. Ignaz Seidl-Hohenveldern, "Piercing the Corporate Veil of International Organisations: The International Tin Council Case in the English Court of Appeals", 32 *GYIL* 1989, pagg. 43-54; Romana Sadurska e Christine Chinkin, "The Collapse of the International Tin Council: A Case of State Responsibility?", 30 *VaJIL* 1990, pagg. 845-890.

¹⁰⁶ Per ragioni di spazio, non avremo modo di occuparci in questa sede della questione dell'immunità dell'organizzazione internazionale: in dottrina, v. Michael Singer "Jurisdictional Immunity of International Organizations: Human Rights and Functional Necessity Concerns" 36 *Va. J. Int'l Law* 1995, pagg. 53-165.

¹⁰⁷ Il riferimento agli obblighi positivi è estremamente importante dalla prospettiva della tutela dei diritti umani, ed è significativo che il Relatore della Commissione del diritto internazionale esplicitamente riconosca questo dato e citi come esempio la possibile attribuzione della responsabilità alle Nazioni unite per una condotta inadeguata al fine di prevenire il genocidio in Ruanda: v. par. 9, terzo rapporto, pag. 4, A/CN.4/553. Il punto è sviluppato da Andrew Clapham, *Human rights obligations of non-state actors*, Oxford: OUP, 2006, pag. 68. Anthony Lang ha analizzato dalla prospettiva del regime della responsabilità la condotta delle forze armate olandesi attive a nome delle Nazioni unite presso Srebrenica, alla luce della natura consuetudinaria delle norme relative alla prevenzione del genocidio contenute nella Convenzione delle Nazioni unite del 1947: id., *The United Nations and the Fall of Srebrenica: Meaningful Responsibility and International Society*, in Erskine (a cura di), *Can Institutions Have Responsibilities?*, Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2003, pagg. 183-203.

¹⁰⁸ Significativo che il prof. Gaja, a questo proposito, citi un esempio relativo alla sfera dei diritti umani, e cioè ipotizzi che ad un'organizzazione internazionale venga attribuita responsabilità internazionale per aver assistito uno Stato, attraverso sostegno finanziario, in un progetto che comporti la violazione dei diritti umani di determinati individui: v. terzo rapporto del Relatore speciale della Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità dell'organizzazione internazionale, A/CN.4/553, par. 28.

relative al rapporto tra responsabilità dello Stato e responsabilità dell'organizzazione internazionale. In primo luogo, occorre domandarsi se la partecipazione di uno Stato ad un'organizzazione internazionale sia conciliabile con il rispetto di obblighi assunti sul piano internazionale in materia di rispetto dei diritti umani. In questo senso, la Corte di Strasburgo, pur avendo sistematicamente indicato di non poter pronunciarsi sugli atti della Comunità europea, ha chiarito che la partecipazione da parte di una Parte contrante alla CEDU non pregiudica la partecipazione dello stesso Stato ad un'organizzazione internazionale, a condizione che nell'ambito delle attività dell'organizzazione i diritti fondamentali ricevano una protezione equivalente a quella garantita dalla CEDU¹⁰⁹. A questo stesso proposito, la Commissione del diritto internazionale ha chiarito nel progetto di articolo 28 che lo Stato membro di un'organizzazione internazionale incorre in responsabilità se ricorre ad un'organizzazione internazionale al fine di promuovere una condotta che, se commessa dallo Stato, sarebbe da ritenersi illecita¹¹⁰, a prescindere dall'intenzione dello Stato, giacché il Relatore speciale a questo proposito rigetta esplicitamente la proposta di condizionare tale forma di responsabilità ad alcun elemento soggettivo¹¹¹. Il rapporto che introduce la versione finale dell'articolo osserva che l'ambito di applicazione dell'articolo riguarda in particolare casi in cui l'organizzazione internazionale non sia direttamente destinataria dell'obbligo che lo Stato membro desidera aggirare¹¹². E' significativo, sempre a proposito dell'articolo 28, che il Relatore speciale rigetti una proposta della Commissione europea tesa a riconoscere il ragionamento della Corte di Strasburgo nel caso *Bosphorus* come riproduttivo di una norma consuetudinaria, per cui "there was no circumvention if the State transferred powers to an international organization which was not bound by the State's own treaty obligations but whose legal system offered a comparable level of guarantees". Secondo Gaja, infatti, il fatto che uno standard possa essere considerato equivalente dipende dal contenuto dell'obbligo internazionale in parola. Gaja ritiene infatti che al fine di escludere l'esistenza di un illecito internazionale in simili situazioni, occorre che un trattato preveda (esplicitamente) che l'obbligo di tenere una determinata condotta possa essere soddisfatto attraverso la previsione di un livello comparabile di garanzie¹¹³.

In secondo luogo, rimane ugualmente oggetto di dibattito dottrinale il fatto che le

¹⁰⁹ Il punto fu chiarito dalla Commissione europea dei diritti dell'uomo nel caso *M. & Co. v. Germany*, decisione del 9 febbraio 1990, ricorso n° 13258/87, *Publications*, vol. 64, p. 138, e la giurisprudenza successiva (*Cantoni v. France*, in *Matthews v. United Kingdom*; *Senator Lines v. Austria, Belgium, Denmark, Finland, France, Germany, Greece, Ireland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Portugal, Spain, Sweden and the United Kingdom*). Sul punto, v. anche secondo rapporto del Relatore speciale della Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità dell'organizzazione internazionale, A/CN.4/541, par. 13.

¹¹⁰ V. il progetto di articolo 28, adottato dalla Commissione il 2 giugno 2009, A/CN.4/L. 743/Add. 1, pag. 2.

¹¹¹ V. settimo rapporto del Relatore speciale della Commissione del diritto internazionale per la responsabilità dell'organizzazione internazionale, par. 83, A/CN.4/610.

¹¹² V. *ivi*, par. 79.

¹¹³ V. *ivi*, par. 78.

organizzazioni internazionali, in quanto soggetti autonomi di diritto internazionale, siano da ritenersi destinatarie di una parte o dell'insieme degli obblighi internazionali dei propri Stati membri, in particolare in caso di cessione di sovranità in determinate aree di azione politica. In questo senso, nell'ambito degli studi del diritto comunitario, la dottrina ha discusso la teoria della successione funzionale ("Funktionsnachfolge", o "funktionelle Rechtsnachfolge", nella dottrina tedesca¹¹⁴). In base in base alla prima teorizzazione di tale istituto, per il fatto di aver sostituito gli Stati membri nella attuazione di determinate competenze pubbliche e limitatamente all'area di riferimento di tali competenze, la Comunità europea avrebbe recepito parte degli obblighi internazionali degli Stati membri.¹¹⁵ Tale costruzione viene utilizzata per descrivere la situazione per cui la Comunità europea sarebbe succeduta ai trattati conclusi dagli Stati membri e relativi a quelle che sono divenute progressivamente delle competenze comunitaria, e cioè in primis il Gatt¹¹⁶ precedentemente all'adesione della Comunità al WTO nel 1994. Lo stesso approccio è stato utilizzato anche per giustificare la pretesa per cui, in base all'articolo 63 (1) (1) TCE, la Convenzione internazionale sui rifugiati ed il Protocollo alla convenzione del 1967 vincolino le istituzioni comunitarie¹¹⁷. E' stato utilizzato tale approccio anche al fine di ritenere che la Comunità europea è destinataria degli obblighi previsti dalla CEDU, o almeno dalle norme di natura sostanziale¹¹⁸, in base ad una giustificazione che consiste nel ritenere che gli Stati possano trasferire delle competenze nazionali ad un'organizzazione internazionale solo a condizione di trasferire i rispettivi obblighi giuridici. La dottrina, inoltre, fa leva sull'articolo 351 TEU, il quale preserva l'applicazione da parte degli Stati membri degli obblighi previsti prima dell'adesione all'UE ed in particolare obbliga l'UE a non interferire nell'attuazione di tali obblighi da parte degli Stati membri¹¹⁹.

¹¹⁴ V. in particolare Christian Tomuschat, *Art.281*, in Hans von der Groeben, *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden: Nomos, 2004 (6a edizione), par. 53.

¹¹⁵ ; Werner Schroeder; Martin Selmayr, *Die EG, das GATT und die Vollzugslehre*, 53/7 JZ 1998, pag. 344.

¹¹⁶ V casi riuniti 21-24/72 di fronte alla Corte di giustizia delle Comunità europee, *International Fruit Company NV v. Produktschap voor Groenten en Fruit Joined*, ECR 1219, 1972, par. 18: "in so far as under the EEC Treaty the Community has assumed the powers previously exercised by Member States in the area governed by the General Agreement [on Tariffs and Trade], the provisions of that agreement have the effect of binding the Community".

¹¹⁷ Sul punto, v. Pierre Pescatore, *La Cour de justice des Communautés européennes et la Convention européenne des Droits de l'Homme*, in Franz Matscher, Herbert Petzold (a cura di.), *Protecting human rights: the European dimension. Studies in honour of G. J. Wiarda*, Köln [etc.] Carl Heymanns Verlag, 1988.

¹¹⁸ V. Christian Tomuschat, "Case Note on Kadi (CFI)", 43 *CMLR* 2006, pag.537, pag. at 542

¹¹⁹ Quando gli Stati membri hanno trasferito dei poteri strumentali all'attuazione di obblighi incorsi in precedenza, la Corte ha accettato che l'UE possa de facto succedere a tali obblighi. Nei casi *Kadi* e *Yusuf*, di fronte alla Corte di prima istanza, si è riconosciuto che "in so far as under the EC Treaty the Community has assumed powers previously exercised by Member States in the area governed by the Charter of the United Nations, the provisions of the Charter have the effect of binding the Community". E' nota tuttavia la posizione della Corte di giustizia, per cui, l'articolo 315 TEU permetterebbe agli obblighi previsti dalla Carta di avere effetto nell'ordine giuridico dell'UE nei limiti in cui tali obblighi siano compatibili con 'primary law, in particular... the general principles of which fundamental rights form particolare'Joined cases 21-24/72 *International Fruit Company* [1972] ECR 1219, para. 18. Besson, 'European Legal Pluralism after *Kadi*', 5, *European Constitutional Law Review* (2009), 237, 245; Pescatore, 'External Relations in the Case-Law of the Court of Justice of the European Communities' 16 *CML Rev* (1979) 615, 637-638; Reinisch, 'Securing the Accountability of International Organizations' 7 *Global Governance* (2001) 131, 137-138. Case 812/79 *Burgoa* [1980] ECR 2787, paras. 9-11. CFI Case T-315/01 *Kadi*, [2005] ECR II-3649, para.203. Case T-306/01 *Yusuf* [2005] ECR II-3533, para. 253; ECJ Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P *Kadi* [2008] ECR I-6351, para. 308.

Tale impostazione risulta difficilmente conciliabile con il principio per cui un'organizzazione internazionale non potrebbe partecipare ad uno specifico trattato senza il consenso di tutte le Parti al trattato stesso. Al tempo stesso, i fautori di un tale approccio osservano come esso non sia inconsistente rispetto alla configurazione dell'organizzazione internazionale come un soggetto autonomo di diritto internazionale, e destinatario di obblighi specifici distinti: a questo proposito, la dottrina ha cercato di tracciare un parallelo con i casi smembramento, fusione o secessione, nel momento in cui il nuovo soggetto di diritto internazionale potrà essere succedere negli obblighi dello Stato pre-esistente¹²⁰.

Nelle pagine seguenti focalizzeremo la nostra attenzione su due problemi principali. In primo luogo, esamineremo in quali situazioni si possa far valere la responsabilità delle organizzazioni internazionali, con particolare riferimento al diritto applicabile in materia di rispetto e promozione dei diritti umani. Già nella considerazione di questa prima domanda di indagine, osserveremo come sia difficile tenere la questione della responsabilità in senso stretto dell'organizzazione internazionale distinta rispetto alla questione della politica – su base volontaria – dell'organizzazione, relativamente alla promozione e protezione dei diritti umani, tema che sarà sviluppato nel capitolo successivo. In secondo luogo prenderemo in considerazione la questione della situazione degli Stati membri rispetto all'attribuzione della responsabilità internazionale nei confronti di un'organizzazione internazionale, con riferimento tanto alla eventuale responsabilità per azioni di personale distaccato in seno all'organizzazione o per l'esecuzione Stati di atti, eventualmente vincolanti, dell'organizzazione internazionale. Questa seconda tematica è particolarmente rilevante dalla prospettiva della effettiva attuazione di un regime della responsabilità per violazioni dei diritti umani da parte delle organizzazioni internazionali, attraverso un espediente giuridico che può consistere nell'attribuzione di responsabilità sussidiaria o concorrente agli Stati membri, i cui obblighi in materia di diritti umani risultano di più facile accertamento.

5.1 Obblighi sui diritti umani di cui sono destinatarie le organizzazioni internazionali

Deriva direttamente dal riconoscimento della soggettualità internazionale dell'organizzazione il fatto che essa sia destinataria di obblighi internazionali e che possa assumere degli obblighi internazionali attraverso la partecipazione a determinati strumenti internazionali¹²¹. In uno studio recente della *International Law Association* sulla questione della responsabilità dell'organizzazione internazionale, si sottolinea come si applichino

¹²⁰ V. Gerhard Thallinger, "Sense and Sensibility of the Human Rights Obligations of the United Nations Security Council", 67 *ZaöRV* 2007, pag. 1015.

¹²¹ V. Pierre Klein, *La responsabilité des organisations internationales: dans les ordres juridiques internes et en droit de gens*, Bruxelles: Bruylant, 1998, pag. 313.

all'organizzazione internazionale le norme sui diritti umani di diritto internazionale generale, compreso il diritto cogente¹²², quelle norme di diritto pattizio a cui la stessa organizzazione decide di vincolarsi, ma anche le eventuali norme integrate nello strumento istitutivo dell'organizzazione¹²³. La questione della applicazione di norme sui diritti umani riprodotte di diritto internazionale generale è di per sé potenzialmente rivoluzionaria, e può implicare la necessità che le organizzazioni internazionali siano tenute a studi sull'impatto sulla protezione e promozione di tali diritti umani delle loro politiche. Tuttavia, come vedremo sotto, la prassi internazionale relativa all'accertazione degli obblighi dell'organizzazione in materia di diritti umani in base al diritto generale è ancora scarsa, anche in relazione alla recente giurisprudenza su sanzioni internazionali e diritti umani.

Quanto al diritto positivo, il caso principale di applicazione di norme universali sui diritti umani ad organizzazioni internazionali riguarda la Comunità europea, la quale ha partecipato alle negoziazioni della Convenzione internazionale sui diritti delle persone disabili e del suo Protocollo facoltativo e si accinge ad accedere a tali strumenti. Sulla base dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e del Protocollo 14 alla CEDU, l'Unione europea potrà accedere alla Convenzione europea sui diritti umani. Daremo spazio agli sviluppi in seno all'Unione europea in conclusione di capitolo, mentre merita una trattazione più articolata, a questo punto, l'applicazione del diritto dei diritti umani nell'azione delle Nazioni unite.

A. Diritto dei diritti umani applicabile alle Nazioni unite

Parte della dottrina considera che gli standard internazionali compresi nel cosiddetto "International Bill of Human Rights", ossia la Dichiarazione universale e i due Patti del 1966 rappresentino l'elaborazione, o meglio, l'interpretazione autentica delle norme relative al mandato dell'ONU circa la promozione, protezione e co-operazione nel campo dei diritti umani (articoli 1.3 e 55 e 56 della Carta¹²⁴). Tale interpretazione trova forza nel documento conclusivo del Summit onusiano del 2005, per cui i diritti umani costituirebbe uno dei tre pilastri dell'Organizzazione, ed è strettamente legato agli altri due capitoli, ossia la sicurezza e

¹²² Come del resto indicato nel commentario della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati tra Stati e organizzazioni internazionali e tra organizzazioni internazionali: v. ILC Yearbook, 1982, particolare II, pag. 56.

¹²³ Final report, *International Accountability of International Organisations*, Berlin, 2004, pag. 18, disponibile su <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/9> (ultimo accesso 12 novembre 2009). Per una discussione, v. Christian Tomuschat, *International law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century: general course on public international law*, 281 RdC 2001, pagg. 34-35.

¹²⁴ In questo senso v. José Alvarez, *International Organizations as Law-makers*, Oxford: OUP, 2005, pag. 18; Erika de Wet, "Human Rights Limitations to Economic Enforcement Measures Under Article 41 of the United Nations Charter and the Iraqi Sanctions Regime," 14 *LJIL* 2001, 284; Andrew Clapham, *Human rights obligations of non-state...*, cit., pag. 12.

lo sviluppo¹²⁵.

Per quanto riguarda il ruolo dell'ONU nella promozione della pace e sicurezza internazionali, si applicano alle Missioni militari delle Nazioni unite le norme di diritto generale relative ai diritti umani e di diritto dei conflitti armati¹²⁶. La questione chiave, che sarà analizzata in basso, consiste nel verificare in quali contesti la responsabilità per violazioni di diritto internazionale sia attribuibile al Paese inviante le truppe armate oppure all'organizzazione internazionale. Sin dal 1966, le Nazioni unite hanno affrontato il problema della possibile attribuzione della responsabilità internazionale per azioni svolte nel corso di operazioni militari, procedendo ad inserire negli accordi con i Paesi contributori di peacekeepers previsioni relative alla condotta del personale impiegato nelle missioni e alle relative iniziative di formazione e addestramento. Più recentemente, le Nazioni unite hanno risposto alle critiche riguardanti le violazioni dei diritti umani operate da personale in forza a missioni di peacekeeping – sono tragicamente noti ad esempio i casi di violenze sessuali ai danni di civili da parte di agenti dell'Operazione delle Nazioni unite in Somalia del 1997 - attraverso la pubblicazione di manuali di formazione e di linee guida-istruzioni per il personale militare sempre più dettagliati. Il documento più completo in questo senso è il “Bollettino del Segretario Generale riguardante l'osservanza da parte delle forze di peacekeeping delle Nazioni unite del diritto internazionale umanitario”. E' da segnalare il fatto che, attraverso la promozione di tali politiche, le Nazioni unite stesse affermano si tratta di sforzi destinati ad attuare il rispetto da parte dell'Organizzazione dei suoi obblighi internazionale¹²⁷. In relazione alla responsabilità civile per danni causati da agenti delle operazioni militari delle Nazioni unite, la prassi consolidata prevede l'istituzione di commissioni locali per la soluzione delle controversie, attualmente in base agli schemi e alle modalità fissate dall'Assemblea generale attraverso la sua risoluzione 52/247. In base al regime definito da questi documenti, la prassi vede le Nazioni unite assumere la responsabilità civile per danni causati nell'ambito di operazioni militari ONU, limitatamente al caso in cui le operazioni siano avvenute sotto il comando e controllo delle Nazioni unite¹²⁸.

¹²⁵ V. A/60/355, del 14 settembre 2005.

¹²⁶ L'Institut de droit international, alla sessione di Berlino del 1999, adottò una risoluzione che recitava: “all parties to armed conflicts in which non-State entities are parties, irrespective of their legal status, as well as the United Nations, and competent regional and other international organizations have the obligations to respect international humanitarian law as well as fundamental human rights, *Annuaire* 1999.

¹²⁷ Il Bollettino prevede inoltre per i Paesi che contribuiscono alla missione multilaterale attraverso l'invio di truppe l'obbligo di criminalizzare ogni caso di condotta illegale commessa dai propri soldati. Significativamente, nel medesimo documento le Nazioni unite affermano che la pubblicazione attraverso la pubblicazione e la diffusione delle Linee guida, l'Organizzazione “will be complying with its obligation under common article 1 of the Geneva Conventions to respect and ensure respect for the principles of international humanitarian law”: documento delle Nazioni unite ST/SGB/1999/13.

¹²⁸ Nelle situazioni rimanenti, la responsabilità sarà da attribuirsi agli Stati di invio. Per ulteriori riferimenti dottrinali v. Chanaka Wickremasinghe e Guglielmo Verderame, *Responsibility and Liability for Violations of Human Rights in the course of UN Field Operations*, in Craig Scott (a cura di), *Torture as Tort*, Oxford: OUP, 2001.

E' stato fatto ricorso alla dottrina della successione funzionale negli obblighi internazionali in materia di diritti umani in caso di amministrazione temporanea di territori. Sarebbe da giustificare attraverso tale istituto la presentazione da parte delle Nazioni unite degli ultimi due rapporti relativi all'attuazione nel Kosovo dei Patti internazionali sui diritti umani¹²⁹. Se entrambi i rapporti presentati da UNMIK ai Comitati onusiani non prevedono alcuna giustificazione esplicita, al di là della formula introduttiva "sulla base dell'autorità esercitata ex risoluzione 1244 (1999) del Consiglio di sicurezza, UNMIK presenta il rapporto...¹³⁰", in sede di discussione con il Comitato dei diritti umani, il capo-delegazione di UNMIK, ha tenuto a precisare che: "the delegation was appearing before the Committee not because of the status of Serbia as a party to the Covenant but because UNMIK, as an interim administration, *felt it had a duty* to assist all human rights Treaty Bodies in assessing the situation in Kosovo, a unique situation governed by Security Council resolution 1244 (1999)¹³¹".

Da segnalare inoltre il fatto che, poiché la presentazione dei rapporti coprisse un ambito temporale più ampio rispetto all'amministrazione temporanea di UNMIK, la delegazione serba abbia accompagnato i delegati di UNMIK nella difesa dei rapporti di fronte ai Comitati. Com'è noto, nell'ambito dell'esercizio di azione di governo in caso di amministrazione temporanea in Kosovo, le Nazioni unite hanno intrapreso politiche relative alla promozione e protezione dei diritti umani, agendo sulla base di uno specifico riferimento a tali azioni nella risoluzione del Consiglio di sicurezza di riferimento, la 1442/1999¹³². Preme osservare, tuttavia, che in Kosovo le Nazioni unite non si siano limitate ad assicurare l'attuazione degli standard sui diritti umani applicabili in base agli obblighi pattizi pre-esistenti alla istituzione della Missione delle Nazioni unite, ma abbiano esteso tali standards alle principali convenzioni internazionali e regionali in materia di diritti umani¹³³.

¹²⁹ V. Erika de Wet, "The Direct Administration of Territories by the "United Nations and its Member States in the Post Cold War Era: Legal Bases and Implications for National Law", Max Planck UNYB 8 (2004) 292; Tobias H. Irmscher, "Legal Framework for the Activities of UNMIK", 44 *GYL* 2001, pag. 353; V. supra le considerazioni sul Commento generale 26 del Comitato de diritti umani. Il rapporto relativo al Patto sui diritti civili e politici (CCPR/C/SR.2384) fu discusso a Ginevra il 18 luglio 2006, mentre il rapporto relativo al Patto sui diritti economici, sociali e culturali (E/C.12/2008/SR.38) il 10 novembre 2008.

¹³⁰ Cfr. pag. 3 del documento CCPR/C/UNK/1.

¹³¹ V. documento CCPR/C/SR.2384, par. 18.

¹³² Esempi di tali politiche sono l'istituzione della figura dell'Ombuspersion, la quale fu creata con lo scopo – inter alia – di ricevere comunicazioni relative a casi di violazioni dei diritti umani da parte dell'amministrazione civile interinale. Un Commissario temporaneo per i media ed una Commissione di appello per i media, furono costituiti successivamente con lo scopo di promuovere norme sui diritti umani internazionalmente riconosciute. Per un commento v. Ralph Wilde, "From Danzig to East Timor and beyond: the role of international territorial administration", 95 *AJIL* 2001, pag. 583 e id., "Quis custodiet ipsos custodes? Why and how UNHCR governance of "Development" refugee camps should be subject to international human rights law", *Yale Human Rights and Development Law Journal* 1998, pag. 5.

¹³³ Il regolamento 2000/59 sul diritto applicabile in Kosovo osservava ad esempio all'articolo 1.3 che nell'esercizio delle loro funzioni, tutte le persone che assumevano pubblici uffici, avevano l'obbligo di osservare gli standard sui diritti umani internazionalmente riconosciuti, e citava la Dichiarazione universale, tutte le convenzioni delle Nazioni unite sui diritti umani, compresi i rispettivi protocolli facoltativi, la CEDU e i rispettivi protocolli facoltativi. L'articolo continuava osservando che "Whatever the scope of the international human rights obligations applicable to the international organization, the full range of State obligations are also applicable when the governmental role is performed. Officials

B. Tra responsabilità e impegni volontari dell'organizzazione: lo spazio delle norme interne all'organizzazione

Già questi due esempi relativi alla prassi delle Nazioni unite mette in evidenza la difficoltà di distinguere da una parte gli obblighi giuridici di un'organizzazione, ad essa attribuibili in base al diritto generale e pattizio, e invece quali siano gli impegni assunti "ex gratia" dall'organizzazione¹³⁴. In altre parole, questioni relative alla responsabilità dell'organizzazione in senso stretto tendono a confondersi con questioni relative al ruolo delle organizzazioni internazionali, coerentemente con i propri indirizzi politici interni, a promuovere il rispetto dei diritti umani¹³⁵. Klabbers si interroga circa la possibilità che la violazione di impegni di carattere unilaterale di un'organizzazione determinino la sua responsabilità nei confronti di terzi¹³⁶, pur senza chiarire la natura di tali impegni unilaterali. Più in basso, nella trattazione del caso Kadi, faremo riferimento alla questione dell'emergenza di standard e sistemi di tutela dei diritti umani interni all'organizzazione e non necessariamente ancorati al diritto internazionale.

Si potrebbe ad esempio sostenere che tali impegni afferiscano alle norme interne all'organizzazione, le quali – in base alla definizione della Convenzione di Vienna del 1986 "comprendono, in particolare, lo strumento istitutivo, decisioni e risoluzioni adottate in virtù dello strumento istitutivo e la prassi costante dell'organizzazione"¹³⁷. Sulla base di questa definizione, siamo portati a ritenere che le norme interne all'organizzazione relative al rispetto dei diritti umani, o almeno quelle che prevedono degli impegni specifici in materia di promozione dei diritti umani, in principio possano determinare degli obblighi per l'organizzazione la cui violazione può essere fatta valere da Parti terze, pur dovendo ammettere che tale lezione non trova per il momento un sostegno di prassi.

La Commissione del diritto internazionale, nell'ambito del suo progetto di codificazione

need to be aware of this latter set of obligations and ensure that their behaviour is in conformity with them. If they do not, their acts will give rise to violations of international law, in this case violations committed by the State or non-State-sub-State unit in whose name they act": per un commento, v. Ralph Wilde, "The accountability of international organisations and the concept of functional duality", in Wybo P. Heere (a cura di), *From government to governance: the growing impact of non-state actors on the international and European legal systems*, The Hague: TMC Asser, 2004, pag. 170.

¹³⁴ Su questo punto, v. Steven Ratner, "Foreign Occupational and Territorial Administration: The Challenges of Convergence", 16 *EJIL* 2005, pag. 705; Erika de Wet, *The Chapter VII Power*, Chapter VII Power of the United Nations Security Council, Oxford [etc.]: Hart, 2004, pag. 320.

¹³⁵ V. Robert John Araujo, *Objective Meaning of Constituent Instruments and Responsibility of International Organisations*, in Maurizio Ragazzi (a cura di), *International responsibility today: essays in memory of Oscar Schachter*, Leiden: Brill, 2005.

¹³⁶ Cfr. Jan Klabbers, *An introduction to international institutional law*, Cambridge: CUP, 2009, pag. 283.

¹³⁷ La definizione di norme interne all'organizzazione è quella dell'articolo 2 (1) (j) della Convenzione di Vienna del 1986 sul diritto dei trattati tra Stati e organizzazioni internazionali e tra organizzazioni internazionali.

sulla responsabilità dell'organizzazione internazionale, ha affrontato la questione solo incidentalmente. Il progetto di articolo 3. 2 della Commissione considera un atto illecito da parte di un'organizzazione internazionale quella condotta attiva od omissiva che: (a) sia attribuibile all'organizzazione internazionale in base al diritto internazionale; e/o che (b) costituisca violazione di un obbligo internazionale dell'organizzazione internazionale. Nessun riferimento a questo punto circa la possibilità che le norme interne all'organizzazione internazionale costituiscano diritto internazionale.

Il punto è estremamente sensibile dalla nostra prospettiva sotto diversi aspetti. Anzitutto, alcuni trattati istitutivi di organizzazioni internazionali, ad esempio il trattato istitutivo della International Bank for Reconstruction, integrano norme tese a limitare la responsabilità degli Stati membri per attività dell'organizzazione. Tuttavia, in linea di principio non ci sembra che la previsione di simili norme in un accordo che intercorre tra Stati al fine di istituire un'organizzazione internazionale possa escludere la responsabilità nei confronti di Parti terze¹³⁸. Quanto alla prassi, si può citare la consistente attività declaratoria delle istituzioni di Bretton Woods circa il fatto di non possedere alcun mandato istituzionale relativamente alla promozione di politiche di tutela dei diritti umani¹³⁹. Sino a che punto tali dichiarazioni possono essere considerate come limitanti la responsabilità internazionale delle organizzazioni internazionali?

Tale discussione viene invece affrontata dal Relatore speciale della Commissione del diritto internazionale, Prof. Gaja, con riguardo all'articolo 4, contenente una norma generale sull'attribuzione della condotta ad un'organizzazione internazionale¹⁴⁰. Il Relatore accenna all'esistenza di posizioni dottrinali per cui il diritto interno all'organizzazione sia da ritenersi distinto rispetto all'ordinamento internazionale, il che implica che il presente progetto di articoli non debba riguardare violazioni di norme interne all'organizzazione. Il Relatore si limita ad

¹³⁸ Ciò non esclude, tuttavia, che l'organizzazione internazionale, in accordi con terzi, possono escludere la propria responsabilità. E' il caso dell'accordo con un'impresa per la costruzione di un palazzo in Thailandia a prevedere che né alcuno Stato membro né alcun funzionario delle Nazioni unite saranno "charged personally or held liable", riportato in Chittharanjan. F Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law...*, cit., pag. 268. Per una discussione, v. Sienho Yee, *The responsibility of State members of an international organisation for its conduct as a result of membership of their normal conduct associated with membership*, in Maurizio Ragazzi (a cura di), *International responsibility today...*, cit., pag.440ss.

¹³⁹ V. Sigrun Skogly, *The Human Rights Obligation of the World Bank and the International Monétaire Fund*, in aa.vv., *World Bank, IMF and human rights : including the Tilburg Guiding Principles on World Bank, IMF and human rights*, London: Wolf, 2003. Ci sembra da inquadrare entro le norme interne all'organizzazione la proposta di Halberstam e Stein per cui, attraverso un processo di normazione volontaria e di riconoscimento degli obblighi internazionali applicabili alle proprie attività, il Consiglio di sicurezza definirebbe per "constitutional absorption" una lista di norme sui diritti umani da tenere in considerazione nello svolgimento delle sue funzioni: id, "The United Nations, the European Union and the King of Sweden: Economic Sanctions and Individual Rights in a Plural World Order", 46/1 *CMLR* 2009, pagg. 11ss.

¹⁴⁰ L'articolo prevede che: "1. The conduct of an organ of an international organization, of one of its officials or another person entrusted with part of the organization's functions shall be considered as an act of that organization under international law, whatever position the organ, official or person holds in the structure of the organization; 2. Organs, officials and persons referred to in the preceding paragraph are those so characterized under the rules of the organization; 3. For the purpose of this article, "rules of the organization" means, in particular, the constituent instruments, [decisions and resolutions] [acts of the organization] adopted in accordance with them, and [established] [generally accepted] practice of the organization": secondo rapporto, A/CN.4/541, par. 28.

osservare che tale impostazione può avere il solo scopo di limitare l'ambito di applicazione degli articoli, ma che le situazioni che si vorrebbe così escludere dall'ambito di applicazione possono riguardare obblighi di cui l'organizzazione internazionale è destinataria in base a norme altre rispetto al diritto interno all'organizzazione, ad esempio, obblighi di diritto internazionale generale riguardanti i diritti umani. Da questa indicazione sembra potersi concludere che sia attribuibile la responsabilità internazionale nei confronti di un'organizzazione internazionale per violazione di norme interne all'organizzazione, solamente nel momento in cui tali norme interne corrispondano ad obblighi dell'organizzazione in base al diritto internazionale. Dalla nostra prospettiva, trattasi questo di un ragionamento circolare che non offre un contributo sostanziale ad analizzare da una prospettiva della responsabilità il significato ed il valore delle politiche volontarie delle organizzazioni internazionali in materia di diritti umani.

5.2. Rapporto tra responsabilità dello Stato e responsabilità organizzazioni internazionali

Un'ulteriore questione chiave nel dibattito in parola, ugualmente relativa alle modalità di attribuzione della responsabilità all'organizzazione internazionale, è quella del rapporto tra responsabilità dell'organizzazione e responsabilità degli Stati parti. La dottrina ha descritto più forme attraverso cui la responsabilità dell'organizzazione internazionale può comportare una responsabilità concorrente o solidale degli Stati membri¹⁴¹. Si è ipotizzata la possibile esistenza di una responsabilità concorrente in forma diretta, ad esempio nel caso in cui uno Stato non eserciti un controllo adeguato sulle attività dell'organizzazione, come nel caso di negligenza. A sostegno dell'esistenza di una norma di diritto internazionale circa la responsabilità diretta degli Stati membri per atti illeciti di un'organizzazione internazionale (o, meglio, circa l'inesistenza di una norma in senso contrario) si cita il lodo della corte arbitrale istituita dalla International Chamber of Commerce in relazione al caso *Westland Helicopters*¹⁴².

Ancora, si può individuare una responsabilità indiretta degli Stati membri per l'attività dell'organizzazione internazionale, nel momento in cui si ritenga che gli Stati membri mantengono la responsabilità di assicurare che l'organizzazione osservi i suoi obblighi

¹⁴¹ V. Rosalyn Higgins, The responsibility of States members for the defaults of international organisations: continuing the dialogue, in Schulte e Tung (a cura di), *Liber amicorum Ibrahim Shiat*, 2001, pag. 401.

¹⁴² Il passo chiave del lodo recita: "In the absence of any provisions [nello strumento istitutivo dell'organizzazione internazionale in parola, la Arab Organisation for Industrialisation], expressly or impliedly excluding the liability of the four [member] States, this liability subsists since, as a general rule, those who engage in transactions of an economic nature are deemed liable for the obligations which flow therefrom. In default by the four States of formal exclusion of their liability, third parties which have contracted with the [organisation] could legitimately count on their liability": *Arab Organisation for Industrialisation and others v. Westland Helicopters Ltd and others*, decisione del 23 ottobre 1987. Da osservare tuttavia che il lodo fu successivamente annullato dalla Cour de justice di Ginevra, attraverso una decisione del 19 luglio 1988, confermata dalla Corte federale.

internazionali, prevalentemente di natura finanziaria, nei confronti delle Parti terze. In base a tale proposta, ad esempio, gli Stati membri sarebbero tenuti al pagamento di contributi straordinari all'organizzazione nel caso in cui quest'ultima non fosse in grado di onorare gli impegni nei confronti di parti terze.

Si potrà altresì ipotizzare una responsabilità duale, la quale si articola in sussidiaria, per cui la parte lesa dapprima è tenuta a presentare un ricorso all'organizzazione internazionale, ma mantiene la prerogativa di avanzare una richiesta di riparazione nei confronti degli Stati membri nel caso in cui l'organizzazione non sia capace di garantire alcun rimedio effettivo¹⁴³. Oppure, si può parlare di responsabilità, nel caso in cui la parte lesa possa invocare la responsabilità nei confronti dell'organizzazione o degli Stati membri. Sembrano appoggiare l'ipotesi della competenza sussidiaria le Linee guida adottate dalla Commissione dei diritti umani delle Nazioni unite nel 2005, e relative al diritto al rimedio e alla riparazione per le vittime di gravi violazioni del diritto internazionale dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario, nel momento in cui prevedono che: "in case where a person, a legal person, or other entity is found liable for reparation to a victim, such party should provide reparation to the victim or compensate the State if the State has already provided reparation to the victim"¹⁴⁴.

Occorre segnalare che la questione fu trattata dall'Institut de droit international, durante la sessione di Lisbona del 1995, attraverso una risoluzione che esclude in linea generale l'esistenza di una responsabilità in capo agli Stati membri, pur introducendo una serie di eccezioni¹⁴⁵. Il rapporto preliminare della risoluzione, sebbene sulla base dell'argomento per cui

¹⁴³ V. Moshe Hirsch, *The responsibility of international organizations toward third parties: some basic principles*, Dordrecht: Nijhoff, 1995, pag. 155. Tale posizione sarebbe stata sostenuta nell'opinione del Giudice Kerr della Court of Appeals inglese nella decisione del 27 aprile 1988 in alcuni casi relativi alle vicende dell'International Tin Council: citato in Jan Klabbers, *An Introduction to...*, cit., pag. 286.

¹⁴⁴ Par. 15 delle Linee guida. In termini generali, per quanto riguarda il tema della riparazione, l'International Law Association ha indicato che: "As a general principle of law and as a basic international human rights standard, the right to a remedy also applies to IO-s in their dealings with states and non-state parties. Remedies include, as appropriate, both legal and non-legal remedies": ILA report, pag. 33.

¹⁴⁵ V. la risoluzione "The Legal Consequences for Member States of the Non-fulfilment by International Organizations of their Obligations toward Third Parties", *Annuaire* 1996, pagg. 444-53:

Article 5

- a) The question of the liability of the members of an international organization for its obligations is determined by reference to the Rules of the organization.
- b) In particular circumstances, members of an international organization may be liable for its obligations in accordance with a relevant general principle of international law, such as acquiescence or the abuse of rights.
- c) In addition, a member State may incur liability to a third party
 - i) through undertakings by the State, or
 - ii) if the international organization has acted as the agent of the State, in law or in fact.

Article 6

- a) Save as specified in Article 5, there is no general rule of international law whereby States members are, due solely to their membership, liable concurrently or subsidiarily, for the obligations of an international organization of which they are members.
- b) No inference of a general rule of international law providing for liability of States is to be deduced from the fact that the Rules of some organizations make specific provision :

ogni Stato sovrano rimane libero di agire come meglio preferisce in assenza di chiari limiti, che non possono essere presunti, tende infatti a riconoscere che l'assenza di una specifica norma nel diritto positivo determini il fatto che, allo stato attuale del diritto internazionale, non è identificabile una norma generale relativa alla responsabilità diretta degli Stati membri di un'organizzazione internazionale in relazione ad un atto illecito di cui è responsabile l'organizzazione. Questo il ragionamento della relatrice del rapporto, Dame Higgins:

Is the position that the absence of a specific norm (which some would term a positive rule) determining state liability means that there is no liability ? Or is the correct position that, unless states can be shown to have excluded or limited their liability, the liability must be presumed to exist? The latter view can only be correct if international law will presume obligations to be incumbent upon states unless the contrary is proved. But this seems to run counter to well established principles: "The rules of law binding upon states... emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law " (Lotus Case, PCIJ Judgment N° 9, 1927, Series A, N° 10). Put differently, obligations resulting from norms of law (rather than from treaty or other agreement) must be shown to exist by reference to the normal sources of international law. The absence of a norm stipulating liability is, on this basis, determinative of the matter, in the sense that obligations will not be attributed to states in the absence of a clear requirement of international law.

Nel corso della stesura del progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato, la Commissione del diritto internazionale aveva esplicitamente riconosciuto il problema, preferendo tuttavia che esso venisse sviluppato nell'ambito del diritto dell'organizzazione internazionale¹⁴⁶. Il Relatore speciale sulla responsabilità dell'organizzazione internazionale affronta il problema principalmente dalla prospettiva della responsabilità dell'organizzazione internazionale per la condotta di personale distaccato dagli Stati membri, con particolare riferimento alla condotta del personale in seno ad operazioni e missioni militari intraprese dalle Nazioni unite o da organizzazioni regionali¹⁴⁷.

-
- i) for the limitation or exclusion of such liability,
or
 - ii) for the dissolution of these organizations.
 - c) No liability of a State arises merely by virtue of having participated in the establishment of an international organization to serve the State's own purposes.

V. per un commento Ian Brownlie, *The Responsibility of States for the Acts of International Organisations*, in Maurizio Ragazzi (a cura di), *International responsibility today...*, cit., pag. 355

¹⁴⁶ Nel commentario all'articolo 57 si legge: "Article 57 also excludes from the scope of the Articles issues of the responsibility of a State for the acts of an international organisation, i.e. those cases where the international organization is the actor and the State is said to be responsible by virtue of its involvement in the conduct of the organisation or by virtue of its membership. Formally such issues could fall within the scope of the present Articles since they concern questions of State responsibility akin those dealt with in Charter IV of part One. But they raise controversial substantive questions as to the functioning of international organisations and the relations between their members, questions which are better dealt with in the context of the law of international organisations": cfr. James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, 2002, pag. 311, par. 4.

¹⁴⁷ L'articolo 5 del progetto della Commissione centra la questione dell'attribuzione sul controllo effettivo di tale personale:

Conduct of organs placed at the disposal of an international organization by a State or another international

A. La questione della condotta del personale degli Stati membri distaccato in seno all'organizzazione

A questo proposito, il Relatore passa in rassegna la limitata prassi giurisprudenziale recente in materia, a cominciare dai ricorsi intentati di fronte alla Corte internazionale di giustizia e alla Corte di Strasburgo nei confronti di alcuni Stati membri della NATO con riguardo agli attacchi militari sferrati nel territorio della Repubblica federale di Jugoslavia, nel 1999, e rigettati rispettivamente per mancanza di competenza *ratione personae* (nel caso della CIG) e per assenza di un nesso giurisdizionale tra le vittime e gli Stati, essendo pervenuta alla conclusione della non esistenza nel caso di specie di una responsabilità extra-territoriale¹⁴⁸.

Più recentemente, i casi *Behrami e Behrami c. Francia e Saramati c. Francia, Germania e Norvegia*¹⁴⁹, ampiamente discussi in dottrina¹⁵⁰, riguardano entrambi la questione dell'attribuzione di una determinata condotta alle forze attive in seno alla Missione temporanea delle Nazioni unite per l'amministrazione del Kosovo, UNMIK o operative nel quadro della Missione NATO "Kosovo Force", a sua volta autorizzata dalle Nazioni unite. Nello specifico, il caso promosso da Agim e Bekir Behrami riguardava accuse di violazione del diritto alla vita e alle garanzie processuali in caso di arresto. Il caso *Saramati* riguardava una vicenda di detenzione arbitraria. In questi casi la Corte ha deciso di ricorrere ad un tipo di argomento diverso da quello utilizzato nel caso *Bankovic*. Qui la Corte procede ad un'analisi della giurisdizione *ratione personae* con riferimento a ricorsi che contestavano la legalità della condotta dei contingenti nazionali. Com'è noto, la CEDU ha deciso in queste sentenze di

organization

The conduct of an organ of a State or an international organization that is placed at the disposal of another international organization for the exercise of one of that organization's functions shall be considered under international law an act of the latter organization to the extent that the organization exercises effective control over the conduct of the organ.

Cfr. secondo rapporto, A/CN.4/541, par. 50.

¹⁴⁸ Il Relatore mette in risalto in particolare il fatto che alcuni degli Stati rispondenti espressero la posizione che la condotta fosse da attribuirsi alla NATO e non a singoli Stati membri. La Corte internazionale di giustizia ha declinato la possibilità di fare chiarezza a questo proposito, nel momento in cui ha rigettato diversi casi promossi dalla Serbia contro Stati membri della NATO, servendosi dell'argomento che, al momento dei fatti, la Serbia non era membro delle Nazioni unite e pertanto non era Parte dello Statuto della Corte internazionale di giustizia: *Serbia e Montenegro c. Belgio*, obiezioni preliminari, ICJ Reports 2004, pag. 279. Il noto ricorso nel caso *Bankovic* di fronte alla Corte di Strasburgo fu dichiarato inammissibile dalla Great Chamber della CEDU il 12 dicembre 2001, ricorso n° 52207/99. Il testo della decisione è pubblicato in 85 *RDI* 2002, pag. 193.

¹⁴⁹ Rispettivamente sono i ricorsi n°78166/01 e 71412/01, decisione del 2 maggio 2007.

¹⁵⁰ V. in particolare Pierre Klein, "Responsabilité pour les faits commis dans le cadre d'opérations de paix étendue du pouvoir de contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme: quelques considérations critiques sur l'arrêt Behrami et Sbramati", 53 *Annuaire français de droit international* 2007, pagg. 43-64; Gerhard Hafner, *The ECHR Torn between the United Nations and the States: the Behrami and Saramati Case*, in Andreas Fischer-Lescano (a cura di), *Frieden in Freiheit = Peace in liberty = Paix en liberté: Festschrift für Michael Bothe zum 70*, Nomos, 2008; Marko Milanovic e Tatjana Papic, "As Bad As It Gets: The European Court of Human Rights's Behrami and Saramati Decision and General International Law", 58 *ICLQ* 2009, pagg. 267-296.

seguire un criterio sensibilmente diverso da quello indicato dall'articolo 5 della Commissione del diritto internazionale. Nella decisione congiunta sull'ammissibilità dei casi, la Corte discute l'imputazione della condotta sulla base del criterio del controllo effettivo, individuato dalla stessa Corte con riferimento all'articolo 5 del progetto di articoli della Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali. La Corte ha concluso al riguardo che fosse il Consiglio di Sicurezza ad esercitare tale "ultimate authority and control", equiparando quindi tale criterio a quello del controllo effettivo. La dottrina prevalente, cui noi accediamo, ha messo in luce numerosi rilievi critici circa la coerenza delle argomentazioni della Corte. In particolare, nel caso *Saramati*, pur riconoscendo l'efficacia ed unità del comando NATO nelle questioni operative, la Corte osservò che la presenza di KFOR in Kosovo si fondava su una risoluzione adottata dal Consiglio di sicurezza, il che implica l'esercizio di poteri su delega del Consiglio di sicurezza *ex* Capitolo VII della Carta e di conseguenza che l'azione oggetto del ricorso fosse in linea di principio attribuibile alle Nazioni unite. Con riferimento a UNMIK, la Corte osservò che la Missione rappresenta un organo sussidiario delle Nazioni unite istituito *ex* Capitolo VII della Carta; anche in questo caso, pertanto, la condotta in questione era in principio egualmente attribuibile alle Nazioni unite. Il sindacato della Corte termina a questo punto, poichè la promozione di un'analisi dettagliata della condotta del Consiglio di sicurezza, secondo la Corte, "would be to interfere with the fulfillment of the UN's key mission in the field of peace and security"¹⁵¹. Significativamente, tuttavia, in *Behrami* la Corte osserva che tutte le Parti contraenti sono anche membri delle Nazioni unite, che uno degli obiettivi principali della CEDU è quello di garantire l'attuazione collettiva dei diritti riconosciuti nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, e che pertanto la Convenzione deve essere interpretata alla luce della Carta delle Nazioni unite, con specifico riferimento agli articoli 25 e 103¹⁵²..

Il Relatore speciale prende nota del ragionamento utilizzato dalla Corte in questo caso, ma ritiene tuttavia che sarebbe difficile accettare il criterio utilizzato in *Behrami* e *Saramati* come regola universale. Anche da una prospettiva politica, l'applicazione di tale criterio – osserva il Relatore – sarebbe discutibile, nel momento in cui comporterebbe l'attribuzione alle Nazioni unite di atti che l'organizzazione non ha mai autorizzato nello specifico e di cui possiede limitate informazioni.

Nei casi *Kasumaj c. Grecia* e *Gajić c. Germania*¹⁵³ la CEDU ha reiterato la sua prospettiva circa l'attribuzione alle Nazioni unite della responsabilità per illeciti commessi da truppe nazionali messe a disposizione di KFOR. Un caso simile è rappresentato dal caso *Berić e*

¹⁵¹ Par. 149.

¹⁵² Par. 147.

¹⁵³ V. decisione del 5 luglio 2007 relativa all'ammissibilità del ricorso n°. 6974/05.

*altri c. Bosnia-Erzegovina*¹⁵⁴, in cui la CEDU, riproducendo per esteso il ragionamento svolto in *Behrami e Saramati* giunge alla conclusione che poichè la condotta dell'Alto Rappresentante in Bosnia-Erzegovina è da attribuirsi alle Nazioni unite, la Corte non è nelle condizioni di sindacare il suo operato.

Il Relatore prende anche in considerazione alcuni esempi di prassi giurisprudenziale nazionale. Nella sentenza nel caso *Al-Jedda*¹⁵⁵, riguardante il ricorso di un individuo detenuto in Irak dai militari britannici in forza dei poteri concessi dal Consiglio di sicurezza, ex risoluzione 1546 (2004), la House of Lords in linea di principio apprezza il criterio sviluppato dalla CEDU in *Behrami e Saramati*, sebbene i Giudici giungano alla conclusione che nel caso di specie “[i]t cannot realistically be said that US and UK forces were under the effective command and control of the UN, or that UK forces were under such command and control when they detained the appellant¹⁵⁶”. Infine, in una recente sentenza della Corte distrettuale de L’Aja ritiene di dover attribuire la condotta di militari appartenenti al contingente olandese nella United Nations Protection Force (UNPROFOR) alle Nazioni unite. La Corte afferma significativamente che sarebbe potuta giungere a conclusioni diverse nel caso in cui fosse emerso che le autorità olandesi avevano diramato istruzioni che implicassero esplicitamente la violazione delle istruzioni delle Nazioni unite¹⁵⁷.

B. Esecuzione da parte degli Stati di atti vincolanti dell’organizzazione internazionale

Sempre con riferimento alla questione del rapporto tra responsabilità dell’organizzazione e responsabilità degli Stati membri, il Relatore speciale prende in considerazione lo specifico caso in cui un’organizzazione internazionale adotti decisioni vincolanti nei confronti degli Stati membri, la cui attuazione può risultare in un illecito internazionale. Il Relatore speciale affronta quest’analisi al fine di trovare riscontro all’ipotesi per cui la condotta di uno Stato in attuazione di una decisione vincolante di un’organizzazione internazionale non sia direttamente attribuibile alla medesima organizzazione internazionale.

Nel caso *Bosphorus* dibattuto dalla Corte di Strasburgo, la linea di difesa del governo irlandese consistette nell’affermare che il sequestro degli aereoivoli della compagnia turca fosse stato promosso dalle autorità come agenti della Comunità europea, e indirettamente, delle

¹⁵⁴ V. decisione del 16 ottobre 2007 sull’ammissibilità dei ricorso n° 36357/04, 36360/04, 38346/04, 41705/04, 45190/04, 45578/04, 45579/04, 45580/04, 91/05, 97/05, 100/05, 1121/05, 1123/05, 1125/05, 1129/05, 1132/05, 1133/05, 1169/05, 1172/05, 1175/05, 1177/05, 1180/05, 1185/05, 20793/05 and 25496/05.

¹⁵⁵ V. sentenza del 12 dicembre 2007 nel caso *Al-Jedda v. Secretary of State for Defence*.

¹⁵⁶ *Ibidem*, v. par.5 del parere di Lord Bingham of Cornhill.

¹⁵⁷ Sentenza nel caso 10 September 2008, ricorso n. 265615/HA ZA 06-1671, par. 4.8. Traduzione in lingua inglese al sito: <http://zoeken.rechtspraak.nl>.

Nazioni unite. Il ricorrente invece, sosteneva che il governo irlandese godesse di una certa discrezionalità al fine di garantire il rispetto degli obblighi internazionali dell'Irlanda in materia di diritti umani, e nello specifico in tema di compensazione. Nella sua decisione sull'ammissibilità, la Corte europea evitò di esprimersi su questo specifico punto, limitandosi ad esonerare la responsabilità dello Stato in questione. Al tempo stesso, in tale caso la Corte delibera l'affermazione di principio per cui "a Contracting Party is responsible under article 1 of the [European Convention on Human Rights] for all acts and omissions of its organs regardless of whether the act or omission in question was a consequence of domestic law or of the necessity to comply with international legal obligations".

Il Relatore speciale fa anche riferimento ai recenti sviluppi giurisprudenziali relativi alla rispetto dei diritti umani nell'attuazione del regime di sanzioni dap arte del Consiglio di sicurezza nella lotta contro il terrorismo¹⁵⁸. In realtà, Gaja si sofferma rapidamente sulla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità nelle cause riunite C-402/05 e C-415/05, meglio noto come caso *Kadi*¹⁵⁹, al fine di prendere in considerazione come la Corte, anche in questa specifica situazione, non abbia ritenuto di poter attribuire alcuna responsabilità alle Nazioni unite.

Tuttavia, il caso merita brevemente una trattazione più articolata in base ad altri profili. Com'è noto, in questa pronuncia, la Corte ribalta le conclusioni raggiunte nel medesimo caso dal Tribunale di primo grado nel 2005 e ordina la modifica del regolamento 881 del 2002 del Consiglio con cui la Comunità europea, un atto comunitario avente il compito di dare attuazione alle misure stabilite dal Consiglio di sicurezza al fine in particolare di congelare i beni delle persone sospettate di cooperare con Al Qaeda. Una parte della dottrina ha salutato la sentenza in maniera positiva, con riguardo all'affermazione della Corte per cui i principi fondamentali costituzionali dell'Unione europea a tutela dei diritti umani, in questo caso in materia di diritto

¹⁵⁸ In generale, sulla questione del rispetto dei diritti umani nella attuazione di sanzioni del Consiglio di sicurezza: August Reinisch, "Developing Human Rights and Humanitarian Law Accountability of the Security Council for the Imposition of Economic Sanctions," 95 *AJIL* 2001, pag. 851; Andrea Bianchi "Assessing the Effectiveness of the UN Security Council's Anti-Terrorism Measures: The Quest for Legitimacy and Cohesion"; Iain Cameron "UN Targeted Sanctions, Legal Safeguards and the European Convention on Human Rights", 72 *Nordic Journal of International Law* 2003 pagg. 159-214; Florian Hoffman e Frédéric Mégret, "The UN as a Human Rights Violator: Some Reflections on The United Nations Changing Human Rights Responsibilities", 25 *Human Rights Quarterly* 2003. V. anche il commento generale n° 8 del Comitato economico e sociale delle Nazioni unite.

¹⁵⁹ V. A Gattini, "Joined Cases C-402/05P and C-415/05P, Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission, judgment of the Grand Chamber of 3 September 2008", 46/1 *CMLR* 2009, pag.231; P Cardwell, D French and ND White, 'Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission (Joined Cases C-402/05P and C-415/05P) Judgment of 3September 2008' (2009) 58 *ICLQ* 229, 237. Gli sviluppi del caso comprendono l'introduzione di un nuovo ricorso da parte di Kadi di fronte al Tribunale di prima istanza e relativamente al fatto che il regolamento n°1190/2008 adottato in seguito alla pronuncia della Corte di giustizia continuerebbe a violare i diritti fondamentali del ricorrente. Il Tribunale di prima istanza vede pendente un caso analogo a Kadi, *Othman v Council of European Union*. Lo scorso 22 April 2009, infine, la Commissione europea ha sottomesso alla considerazione del Consiglio un progetto di regolamento che prevede la responsabilità per la Commissione di considerare l'appropriatezza della lista del Consiglio di sicurezza e modifica pertanto il principio dell'automaticità della trasposizione della lista del Consiglio di sicurezza.

al giusto processo, costituiscono un limite a qualsiasi atto comunitario, anche nel caso in cui dia seguito ad una risoluzione del Consiglio di sicurezza¹⁶⁰. De Sena e Vitucci, privilegiando argomenti sostanziali rispetto al ragionamento formale della Corte, hanno espresso la posizione che il caso *Kadi* rappresenta un esempio di *dédoublement fonctionnel*, per cui la Corte di giustizia delle Comunità europee, avrebbe adottato una decisione a nome delle Nazioni unite, effettuando un bilanciamento tra il rispetto per una serie di valori universali e condivisi e l'esigenza della promozione della sicurezza collettiva¹⁶¹.

Dalla nostra prospettiva, riteniamo tuttavia pressante la preoccupazione mostrata dalla dottrina prevalente a proposito del fatto che l'argomentazione proposta dalla Corte sembra fondarsi sulla prevalenza e specificità del regime costituzionale europeo, e con un limitato ancoramento al diritto internazionale¹⁶². Gattini ritiene ingiustificabile il mancato riferimento a standard internazionali sui diritti umani, ed in particolare a norme sui diritti umani riprodotte di diritto internazionale generale, nel momento in cui la Corte fa riferimento ad una norma come quella relativa al diritto al giusto processo, contenuto all'articolo 8 della Dichiarazione universale e che il Comitato dei diritti umani ritiene non derogabile in alcuna circostanza.

Inoltre, e ci riallacciamo al tema del rapporto tra responsabilità dello stato e responsabilità dell'organizzazione internazionale, Gattini evidenzia come la Corte di giustizia non abbia colto l'opportunità della sentenza *Kadi* per esplicitare il significato dell'articolo 307 TCE¹⁶³. La

¹⁶⁰ Ad esempio, Katja Ziegler ritiene che la soluzione prevista dalla Corte europea di giustizia favorisca sul lungo termine l'innalzamento degli standard internazionali sui diritti umani: "Strengthening the Rule of Law, but Fragmenting International Law: The *Kadi* Decision of the ECJ from the Perspective of Human Rights", 9 *Human Rights Law Review* 2009, pag. 14.

¹⁶¹ V. Pasquale De Sena e Maria Chiara Vitucci, "The European Courts and the Security Council: Between *Dédoublement Fonctionnel* and Balancing of Values", 20 *EJIL* 2009, pag. 193. Simili argomenti in Bore Eveno, "Le contrôle juridictionnel des résolutions du Conseil de sécurité: vers un constitutionnalisme international?", 110 *RGDIP* 2006, pag. 836-837. L'Avvocato generale, nella sua opinione del ---, aveva anch'egli fatto riferimento alla condivisione tra Nazioni unite ed UE dei medesimi valori fondamentali e alla presunzione che i medesimi standards siano applicati in linea di principio da entrambe le organizzazioni.

¹⁶² V. infatti la replica a De Sena e Vitucci, in particolare di Gráinne de Búrca in 20/3 *EJIL* 2009, pag. 853. Daniel Halberstam e Eric Stein, osservano che "In our view, the Court should have moved beyond its particularized constitutional resistance toward broader domestic bill of rights alone, but in a broader discussion about international human rights as well": cfr. id, "The United Nations, the European Union and the King of Sweden: Economic Sanctions and Individual Rights in a Plural World Order", 46/1 *CMLR* 2009, pag. 57-58; Gráinne de Búrca, *The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi*, Jean Monnet Working Papers NYU, 1/09, disponibile su <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/09/090101.html> (ultimo accesso: 12 novembre 2009). Nonostante, al par. , la Corte sostiene che il Consiglio di sicurezza, nell'adottare misure di sanzione nei confronti di singoli individui, preveda forme di controllo sulla loro legalità rispettose dei diritti fondamentali.

¹⁶³ L'articolo indica che le disposizioni del trattato non pregiudicano i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni concluse prima della creazione delle Comunità europee. Il secondo paragrafo di quest'articolo prevede che, nella misura in cui tali convenzioni sono incompatibili col TCE, lo Stato o gli Stati membri interessati ricorrano a tutti i mezzi atti ad eliminare le incompatibilità constatate. Tuttavia, nel recente caso *Abousfian Abdelrazik v The Minister of Foreign Affairs and the Attorney General of Canada*, la Corte federale canadese ha ritenuto che il governo ha violato il diritto costituzionale del signor Abdelrazik, un cittadino canadese e sudanese, di avere accesso in Canada, a causa del divieto di movimento e congelamento dei beni successivo al suo inserimento nella lista delle persone soggette a sanzioni individuali ex risoluzione del Consiglio di sicurezza 1267. Nella sentenza in parola, tuttavia, il Giudice Zinn afferma che la situazione cui è soggetto il signor Abdelrazik è "untenable under the principles of international human rights": cfr. par. 51 della sentenza.

questione del ruolo “a monte” degli Stati in seno alle organizzazioni internazionali al fine di prevenire la commissione di illeciti internazionali è stata affrontata recentemente dal Comitato dei diritti umani delle Nazioni unite in una decisione relativa ad una comunicazione individuale presentata in base al primo Protocollo facoltativo al Patto in *Sayadi c. Belgio*¹⁶⁴. In tali conclusioni, il Comitato constata una violazione del Patto sui diritti civili e politici, da parte del Belgio, in relazione alla libertà di movimento, nel momento in cui le autorità di Bruxelles hanno avviato una procedura di inserimento dei nominativi di una coppia di cittadini nella lista ex risoluzione 1267 in assenza di un’inchiesta dettagliata da parte delle autorità belghe e senza dare nessuna opportunità ai ricorrenti di essere sentiti. In definitiva, il Comitato sostiene che, per non avendo la capacità di sindacare la continua presenza dei coniugi Sayadi nella lista, la decisione di iscrivere i due cittadini alla lista ex risoluzione 1267 costituisce una violazione del Patto¹⁶⁵.

5.3. Sviluppi recenti in materia di partecipazione da parte dell’organizzazione internazionale di strumenti internazionali in materia di tutela dei diritti umani

Da queste breve discussione possiamo concludere che il regime della responsabilità dell’organizzazione internazionale per violazioni dei diritti umani, allo stato attuale del diritto internazionale, rimanga ancora ampiamente da sviluppare. Questo – per utilizzare le parole di Klabbers - non significa che le organizzazioni internazionali possano violare i diritti umani impunemente, ma che l’ordinamento internazionale “still lacks an adequate theory concerning the basis of obligation for international organisations¹⁶⁶”.

Vi è un sufficiente consenso di prassi e dottrina circa il fatto che un nucleo ridotto di norme a tutela dei diritti umani, ossia quelle norme riproduttive di diritto consuetudinario, si applichino pienamente all’organizzazione internazionale. Non mancano casi di prassi in cui

¹⁶⁴ V. documento delle Nazioni unite CCPR/C/94/D/1472/2006.

¹⁶⁵ Il caso riguardava una coppia di coniugi belgi responsabile della sezione europea di una organizzazione non-governativa statunitense che era stata inserita nella lista del Consiglio di sicurezza ex risoluzione 1267 in base ad una presunta affiliazione ad Al-Qaida. Come conseguenza del loro inserimento nella lista, i ricorrenti videro imporsi dalle autorità belghe il congelamento dei propri beni ed il divieto di lasciare il Paese, pur in assenza di informazioni sulle ragioni che hanno portato al loro inserimento nella lista. Il ricorso iniziato dalla coppia presso il giudice interno, e teso a richiedere al governo belga di farsi promotore di una iniziativa di de-listing ebbe successo, se non altro che il Comitato delle sanzioni delle Nazioni unite rifiutò di eliminare la coppia dalla lista. Di fronte al Comitato dei diritti umani, i ricorrenti contestarono la violazione di numerose norme contenute nel Patto sui diritti civili e politici, ed in particolare della norma sulla libertà di movimento. Nelle sue conclusioni relative a tale comunicazione individuale, il Comitato rigettò l’eccezione del Belgio per cui gli obblighi derivanti dall’azione del Consiglio di sicurezza prevalgono su obblighi di diversa natura, in base all’articolo 103 della Carta e all’articolo 46 del Patto. Il Comitato pertanto prende in considerazione il divieto di viaggiare al di fuori del Belgio, come misura che restringe una libertà garantita all’individuo in base all’articolo 12.3 del Patto, ma sulla base di considerazioni relative alla protezione della sicurezza nazionale ed in linea con la decisione del Consiglio di sicurezza.

¹⁶⁶ Cfr. Jan Klabbbers, *(I Can't Get No) Recognition: Subjects Doctrine and the Emergence of Non-State Actors*, in Jarna Petman e Jan Klabbbers (a cura di), *Nordic Cosmopolitanism: Essays in International Law for Martti Koskenniemi*, Leiden, 2003, pag. 353.

argomenti relativi alla violazione di tali norme di diritto generale sono stati utilizzati nell'invocazione della responsabilità di un'organizzazione internazionale, seppure per il momento la prassi non sia rilevante. Non mancano ugualmente esempi di ricorsi internazionali volti ad accertare la responsabilità sussidiaria o concorrente di uno Stato per la condotta di un'organizzazione internazionale di cui è Parte. Già sulla base di questa constatazione, occorre domandarsi quale sia il grado di consapevolezza da parte delle organizzazioni internazionali in merito agli obblighi applicabili in questo senso in materia di diritti umani, soprattutto se si considera che alcune norme sui diritti umani di natura consuetudinaria, come la prevenzione del genocidio o il divieto di discriminazione, prevedono degli obblighi positivi, compresi di due diligence.

Inoltre, sono sempre più numerose le iniziative volontarie da parte delle organizzazioni internazionali al fine di integrare i diritti umani nelle rispettive aree di competenza. Ad esempio, la decisione della Corte di Strasburgo nei casi *Behrami e Saramati* ha contribuito all'istituzione di un Comitato ad hoc sulla responsabilità penale di funzionari delle Nazioni unite ed esperti in missione¹⁶⁷. La Banca mondiale ha istituito nel 1993 un Inspection Panel, con il mandato di ricevere comunicazioni da parte di individui relativi al mancato rispetto da parte della stessa Banca dei propri principi e procedure nell'attuazione di politiche e progetti¹⁶⁸. Spesso l'istituzione di tali meccanismi è accompagnato da affermazioni che tendono a sottolineare come simili politiche volontarie siano tese ad assicurare il rispetto da parte dell'organizzazione dei suoi obblighi internazionali. Allo stato attuale del diritto internazionale, abbiamo messo in evidenza la difficoltà di chiarire gli obblighi internazionali che potrebbero derivare dalle norme interne all'organizzazione. Sarà necessario, nella terza parte del lavoro, analizzare più da vicino il ruolo svolto da diverse organizzazioni internazionali nel campo dei diritti umani e chiarire il significato giuridico del lavoro di organi e meccanismi interni che hanno un mandato in materia di diritti umani.

Ciò detto, occorre segnalare al tempo stesso che l'organizzazione inter-governativa regionale più avanzata, ossia l'Unione europea, abbia avviato recentemente un processo di formalizzazione e chiarificazione degli obblighi internazionali in materia di diritti umani i quali si applicano alle specifiche aree di competenza dell'Unione. Il 26 novembre 2009, il Consiglio dell'Unione europea ha adottato una decisione concernente la conclusione da parte della Comunità europea della Convenzione delle Nazioni unite sui diritti umani delle persone disabili,

¹⁶⁷ Attraverso la risoluzione 61/29 dell'Assemblea generale delle Nazioni unite, cui seguì l'anno successivo la risoluzione 62/63, che "strongly urged" gli Stati membri ad assicurare la criminalizzazione di tali situazioni all'interno dei propri ordinamenti.

¹⁶⁸ Sul punto Daniel D. Bradlow e Sabine Schlemmer, "The World Bank's New Inspection Panel: A Constructive Step in the Transformation of the International Legal Order", 54 *ZaöRV* 1994, pagg. 392-415; Hellen Hey, "The World Bank Inspection Panel: Towards the Recognition of a New Legally Relationship to International Law", 2 *Hofstra Law and Policy Symposium* 1997, pagg. 61-74.

sulla base di una proposta della Commissione europea del 29 agosto 2008. Si tratta del primo strumento internazionale relativo alla tutela di diritti civili, politici, economici, sociali e culturali, cui partecipa la Comunità europea. Il deposito dello strumento di conclusione avverrà non appena tutti gli Stati membri dell'Unione europea avranno completato la procedura di ratifica di tale strumento, presumibilmente entro il 2012.

Inoltre, in base all'articolo 6.2 del trattato di Lisbona¹⁶⁹, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, l'Unione europea accederà (“shall accede”) alla CEDU, in conformità con il Protocollo 14, verosimilmente attraverso un trattato di adesione ad hoc il quale permetta di adeguare il testo della Convenzione alla inedita situazione per cui un'organizzazione internazionale ne divenga una Parte contraente¹⁷⁰. L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ipoteticamente, permette all'Unione europea di divenire Parte di altri trattati sui diritti umani, permettendo pertanto alle istanze di controllo giurisdizionale o quasi-giurisdizionale previste da tali trattati di verificare il rispetto di determinati diritti umani nell'ambito delle politiche e della legislazione UE. Semmai, dalla prospettiva della vittima ricorrente occorrerà valutare se tali sviluppi non radicalizzino ulteriormente il forum shopping relativo alle istanze di tutela dei diritti umani, e se non possano essere ipotizzate soluzioni alternative per assicurare che l'ambito di azione di un'organizzazione regionale come l'UE non sia escluso da un controllo relativo alla tutela dei diritti umani simile a quello effettuato nei confronti degli Stati membri.

Evidentemente, la partecipazione da parte dell'Unione europea a due trattati sui diritti umani non giustifica l'affermazione per cui il modello dell'organizzazione internazionale, in generale, sia funzionale alla promozione di forme di governance particolarmente attente alla tematica del rispetto dei diritti umani attraverso le procedure e gli strumenti propri del diritto internazionale, e quindi rappresenti un elemento a favore dell'ipotesi costituzionalistica internazionale. Dalla nostra prospettiva, non è infine casuale che ad una consapevole politica di chiarificazione degli obblighi internazionali a cui si riallaccia la sua politica interna in materia

¹⁶⁹ V. OJ 2007, C 306, pag. 155.

¹⁷⁰ L'adesione da parte dell'Unione alla CEDU comporta una serie di questioni tuttora aperte. Ad esempio, occorrerà prevedere un meccanismo che determini l'attribuzione di ricorsi inter-statali o individuali all'Unione, o a singoli Stati membri, o ad entrambi. Restano inoltre da chiarire le questioni relative alla simmetria tra gli obblighi assunti rispettivamente dall'Unione e da ciascuno Stato membro con riferimento alla partecipazione ai Protocolli facoltativi alla CEDU, giacché i Protocolli 4, 7, 12 and 13 non risultano essere ratificati da tutti gli Stati membri. Ulteriori questioni a cui occorrerà trovare una soluzione riguardano la partecipazione dell'UE alle istanze di gestione della Convenzione stessa, non ultimo il Comitato dei ministri – responsabile per l'esecuzione delle sentenze – l'Assemblea parlamentare, che designa i giudici, o la stessa possibilità per l'UE di indicare un giudice. Sempre a proposito di simmetria, occorre valutare la questione delle riserve. L'accessione da parte dell'UE non dovrebbe compromettere la decisione da parte di Stati membri dell'Unione europea di mantenere delle riserve rispetto alla Convenzione, in linea col principio, sancito dal Protocollo 5 del trattato di Lisbona, che l'adesione alla CEDU non prevede nuovi poteri per l'Unione. La possibilità da parte dell'Unione di formulare delle riserve dovrà invece essere concordata da parte del Consiglio. L'articolo 3 del Protocollo prevede inoltre che il trattato di accessione non comprometta l'articolo 344 TFEU, per cui ciascuno Stato membro decide di non affidare l'interpretazione o attuazione dei trattati a nessun metodo di soluzione delle controversie rispetto a quanto previsto nei trattati. Questo implica chiaramente che nessuno Stato membro potrà sottoporre alla Corte di Strasburgo un caso che riguardi l'interpretazione ed attuazione del diritto dell'Unione.

di tutela dei diritti umani si accompagni una volontà netta di assumere verso l'esterno la responsabilità internazionale in relazione ad una condotta relativa all'esercizio di competenze esclusive.

Per trovare riscontro di ciò, è sufficiente prendere in considerazione la posizione assunta dalla Commissione europea nei commenti e nelle sue interazioni con il Relatore speciale della Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità dell'organizzazione internazionale e nell'ambito della Sesta Commissione. In tali occasioni, la Commissione europea ha insistito ripetutamente affinché il progetto di articolato prendesse adeguatamente in considerazione il caso peculiare dell'integrazione europea¹⁷¹. In particolare, la Commissione europea ha suggerito l'introduzione di una norma ad hoc che sull'attribuzione che preveda che la responsabilità per atti compiuti da Stati membri dell'UE in attuazione di un atto vincolante della Comunità europea o potenzialmente di ogni altra organizzazione simile venga attribuita alla stessa organizzazione. L'esempio di scuola che si suole citare in questo caso riguarda l'esercizio da parte della Comunità europea delle competenze in materia di commercio estero¹⁷². Il Relatore speciale ha ritenuto che non vi sia l'esigenza di integrare nell'articolato una norma specifica per gli specifici sviluppi avvenuti in seno ad organizzazioni di integrazione, pur riconoscendo che un'organizzazione possa vincolarsi ad obblighi internazionali che dipendono dalla condotta dei suoi Stati membri, e ciò comporta che se gli Stati membri non riescono ad adottare la condotta attesa, l'organizzazione sarà responsabile.

¹⁷¹ Pietre Jan Kuyper e Eva Paasivirta, "Further Exploring International Responsibility: The European Community and the ILC's Project on Responsibility of International Organisations", 1 *IOLR* 2004, pagg. 111-138.

¹⁷² Poiché l'attuazione di un accordo commerciale può essere delegata a funzionari degli Stati membri, ad esempio a funzionari degli uffici doganali, i quali non sono posti sotto il controllo dell'organizzazione internazionale. V. i parr. 10-11 del secondo rapporto del Relatore speciale della Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità dell'organizzazione internazionale, pag. 6, documento A/CN.4/541.

CONCLUSIONI DELLA SECONDA PARTE

In questa seconda parte, abbiamo discusso se un'analisi delle caratteristiche materiali del diritto dei diritti umani dimostri un'azione strumentale di tale corpus giuridico nel promuovere una costituzionalizzazione dell'ordinamento internazionale. Il dato di partenza della nostra analisi è stato il ricostruire il nesso che intercorre tra il processo di formazione internazionale delle norme sui diritti umani, ed i successivi momenti dell'accertamento e del controllo, e il fenomeno dell'organizzazione internazionale inter-governativa permanente.

Si riallaccia a tale considerazione una peculiarità importante del diritto dei diritti umani, ossia il fatto che esso non solo impegni gli Stati alla realizzazione di standard in materia di tutela e promozione di individui, ma li accompagni ad organi sopranazionali di garanzia, deputati al controllo dell'uniforme applicazione di tale diritto. La specialità delle situazioni regolate dal diritto dei diritti umani, ossia il fatto che siano gli individui ad esserne i veri beneficiari, trova riscontro in una serie di soluzioni originali rispetto ad altre aree del diritto internazionale, che trovano applicazione in particolare in materia di regime delle riserve, dell'interpretazione, della successione degli Stati a tali trattati e delle modalità di attuazione delle norme internazionali sui diritti umani negli ordinamenti interni, pur nel generale rispetto del regime generale del diritto dei trattati codificato nella Convenzione di Vienna del 1969. Già questo primo dato ci porta a propendere per una risposta positiva rispetto alla nostra domanda di partenza.

Quanto alla seconda funzione 'costituzionale' presa in considerazione, ossia l'orientamento e legittimazione della governance, riteniamo che occorra prendere in considerazione la logica cooperativa inerente al diritto dei diritti umani. Tale logica si esplicita nella predisposizione del diritto dei diritti umani, tanto quello generale quanto quello particolare, nel dare vita 'a regimi oggettivi' caratterizzati dalla promozione di standard uniformi di tutela e promozione di diritti individuali. Abbiamo premesso anzitutto come tale caratteristica non escluda il permanere di una dimensione contrattuale delle norme sui diritti umani. In secondo luogo, abbiamo voluto confrontare questa dimensione tanto con la struttura delle norme di diritto dei diritti umani riprodotte di diritto generale, quanto con le norme di diritto particolare. Si è voluta dimostrare l'esistenza di regimi oggettivi originati da norme sui diritti umani di natura consuetudinaria, alla luce del permanere e rafforzarsi di una forte *opinio juris*, il che fa sì che molte di tali norme continuino ad essere riconosciute come riprodotte del diritto consuetudinario pur essendo sistematicamente violate. Abbiamo dato atto tuttavia delle difficoltà nel definire esattamente l'ambito materiale delle norme di diritto generale istitutive di tali regimi, il quale in ultima istanza potrebbe essere rappresentato dalle sole norme istitutive di obblighi *erga omnes*.

Il nostro interesse si è pertanto focalizzato sul diritto convenzionale. Sebbene con l'adesione a trattati sui diritti umani gli Stati parti non acquisiscono benefici materiali, come nel caso degli altri trattati multilaterali, gli Stati parti si impegnano pur sempre all'attuazione di tali norme a tutela dei

diritti nei confronti di tutti gli altri Stati parti: ciascuno Stato parte, pertanto, ha un corrispettivo interesse affinché tutte le altre Parti contraenti attuino pienamente il trattato. A questo punto, si è ritenuto necessario ricostruire l'applicazione del regime della responsabilità dello Stato e della responsabilità dell'organizzazione internazionale al diritto dei diritti umani, osservando anzitutto come il ricorso a tale regime sia complementare rispetto all'attivazione dei sistemi di garanzia previsti dagli stessi trattati sui diritti umani, come anche al regime della protezione diplomatica. Abbiamo quindi ricostruito le soluzioni sviluppate dalla Commissione del diritto internazionale nell'Articolato sulla responsabilità dello Stato in relazione alla oggettivizzazione della responsabilità, alla definizione di danno, alle modalità di attuazione, compresa la promozione delle contromisure, e in generale attraverso il superamento di una struttura meramente bilaterale dell'attuazione della responsabilità internazionale di un altro Stato, e siamo giunti alla conclusione che il regime generale della responsabilità sia rafforzato anche in conseguenza della maggiore consapevolezza della necessità di meglio tutelare i diritti umani.

Il passo successivo consiste nel domandarsi se, tanto nel caso di regimi oggettivi creati da obblighi erga omnes o erga omnes partes, pur in assenza di previsioni esplicite come nell'ambito del diritto umanitario, stia emergendo un obbligo al tempo stesso collettivo e individuale di solidarietà al fine di garantire l'integrità di tale regime.

Allo stato attuale del diritto internazionale, si deve rispondere a tale quesito in negativo. Va segnalato, tuttavia, un processo in corso a livello istituzionale, attraverso la nomina di un Relatore speciale del Consiglio dei diritti umani delle Nazioni unite sul diritto umano alla solidarietà, di studio delle implicazioni che comporta l'emergere di un obbligo per gli Stati e, mutatis mutandis, per le organizzazioni internazionali, circa il rispetto dell'integrità di un regime oggettivo relativo a obblighi tanto negativi quanto positivi sui diritti umani. Occorre dare atto inoltre dell'esistenza di una prassi inter-statale non trascurabile relativa alla denuncia di violazioni di norme sui diritti umani, sebbene si tratti prevalentemente di casi di invocazione della responsabilità al fine di richiedere la cessazione dell'illecito, più che la riparazione per il danno subito, e non sempre sia chiara la formulazione di tali azioni in termini di invocazione in stretti termini giuridici della responsabilità internazionale: Ancora, uno sviluppo non trascurabile è costituito dalla possibilità che organizzazioni internazionali inter-governative invocino la responsabilità internazionale nei confronti non solo di altre organizzazioni ma anche di Stati. Infine, e questo sarà un aspetto da sviluppare in seguito, la 'operazionalizzazione' dell'attuazione del regime della responsabilità per violazioni di norme a tutela dei diritti umani spesso segue all'accertamento da parte di un organo internazionale di garanzia in merito a tale violazione.

Vedremo nella sezione successiva come tali organi indipendenti possano essere aditi in determinate situazioni da individui, e già ora costituiscano il tramite attraverso cui individui e organizzazioni private, i quali in determinati sistemi non necessariamente devono dimostrare un interesse personale nel ricorso, contribuiscono all'attuazione del regime della responsabilità o comunque di forme di accountability. Infatti, rispetto alla attuazione classica del regime della responsabilità, i regimi di tutela dei diritti umani hanno sviluppato sofisticate ed ulteriori forme di

controllo, come ad esempio la richiesta che uno Stato accusato di violazione di norme internazionali sui diritti umani presenti immediatamente delle spiegazioni in merito ad un certo contegno, ritenuto all'origine delle violazioni.

PARTE TERZA
ASPETTI ISTITUZIONALI

CAPITOLO I
DIRITTI UMANI E FUNZIONI DELL'ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE - IL SISTEMA DEI
DIRITTI UMANI DELLE NAZIONI UNITE

1. Considerazioni introduttive

Nella parte conclusiva della presente ricerca ci proponiamo di prendere in considerazione il possibile ruolo del diritto dei diritti umani nel promuovere la costituzionalizzazione internazionale da una prospettiva istituzionale. Ciò implica un'analisi di quelle istanze inter-governative o sopranazionali il cui funzionamento si basa sul diritto internazionale e a cui sono assegnate tanto funzioni di normazione (standard-making) quanto funzioni di controllo nell'attuazione di tali norme. Per riprendere gli obiettivi della presente tesi, riteniamo che una valutazione dal punto di vista della tutela dei diritti umani del possibile processo di costituzionalizzazione dell'ordinamento internazionale si misuri con: 1) l'efficacia di tali istanze nel controllo della governance, da una prospettiva di promozione e protezione dei diritti umani; 2) l'orientamento delle funzioni di governo pubblico. Si tratta ora di valutare, da un punto di vista giuridico e nei limiti posti dall'economia del presente lavoro l'efficacia delle istituzioni internazionali nel contribuire a tali processi.

Gli organi internazionali specificamente attivi in materia di tutela dei diritti umani che prenderemo in considerazione in questa terza parte sono quelli istituiti nell'ambito di organizzazioni internazionali inter-governative, sia universali che regionali. Si pone pertanto al di fuori dell'ambito di indagine della presente ricerca il ruolo di entità private transnazionali che pure rappresentano degli attori fondamentali nella promozione e protezione dei diritti umani. E' il caso principalmente delle organizzazioni internazionali non-governative, le quali partecipano alle attività tanto di produzione normativa quanto di controllo attraverso una serie di azioni previste dalla disciplina dello status consultivo presso organizzazioni inter-governative, in primo luogo la possibilità di intervenire nelle sessioni di lavoro attraverso comunicazioni scritte o orali. Altri tipi di organizzazioni transnazionali come associazioni di accademici – quali il “Tribunale permanente dei popoli” – o reti regionali e coordinamenti delle cosiddette “istituzioni nazionali per i diritti umani” sono ugualmente associate in vario modo nelle attività sui diritti umani delle Nazioni unite e di altre organizzazioni regionali. Di fatto, tali entità offrono un contributo non trascurabile al funzionamento dei sistemi di tutela dei diritti umani. Tuttavia, i processi istituzionali che riteniamo determinanti da una prospettiva di potenziale evoluzione dell'ordinamento internazionale in senso costituzionale, fanno riferimento principalmente all'azione degli Stati e in linea secondaria di altri soggetti e attori ma sempre nell'ambito di istanze inter-governative. Una trattazione relativamente sintetica della materia è facilitata dall'esistenza di

un'ampia e aggiornata dottrina giusinternazionalistica tanto sul sistema delle Nazioni unite sui diritti umani, quanto sui singoli sistemi regionali¹.

Il primo capitolo della presente tesi sarà dedicato al lavoro delle Nazioni unite in materia di diritti umani. Nel secondo, prenderemo in considerazione il sistema del Consiglio d'Europa e degli altri meccanismi previsti in ambito regionale. Lo sviluppo di sistemi regionali si può giustificare attraverso diversi argomenti di carattere sociologico e politologico: le organizzazioni regionali possono essere percepite come meglio dotate di expertise locale, e quindi consapevole delle specificità culturali, storiche e giuridiche che caratterizzano un contesto regionale. Oppure, un determinato Paese potrebbe essere meglio disposto ad accettare segnalazioni e forme di pressione relative a determinate questioni sui diritti umani provenienti da Paesi prossimi². Tuttavia, nella presente sede ci concentreremo sul dato istituzionale della compresenza di sistemi di tutela regionale accanto a quello universale, e sul contributo che tali sistemi offrono all'ipotesi di costituzionalizzazione del diritto internazionale. Infine, a margine del secondo capitolo, proporrò una serie di osservazioni conclusive relative alla questione dell'interazione tra il sistema universale e sistemi regionali e alle problematiche relative al coordinamento tra tali sistemi³, le quali ci permetteranno di analizzare meglio la coesistenza e complementarietà tra i vari regimi di tutela, in particolare dalla posizione della vittima di violazioni dei diritti umani.

Il lavoro delle organizzazioni inter-governative sopra menzionate non esaurisce appieno la tematica del ruolo dei diritti umani nel fenomeno dell'organizzazione internazionale. Altre organizzazioni inter-governative internazionali, come ad esempio il Segretariato internazionale del Commonwealth o l'Organizzazione mondiale delle migrazioni, hanno sviluppato delle politiche che esplicitamente mirano al rafforzamento della cooperazione tra gli Stati membri in tematiche relative ai diritti umani, come la promozione dell'uguaglianza di genere o la lotta al traffico di esseri umani. In determinate organizzazioni che pure non prevedono la promozione dei diritti umani nel loro mandato specifico, la promozione e protezione dei diritti umani costituisce un requisito per la partecipazione alla stessa

¹ Per una visione d'insieme dei sistemi universali e regionali per la tutela dei diritti umani, v. Louis B. Sohn, *Human Rights: Their Implementation and Supervision by the United Nations*, in Theodor Meron, *Human Rights in International Law – Legal and Policy Issues*, Oxford: Clarendon, 1984; Markus Schmidt, "Does the United Nations Human Rights Programme Make a Difference", 91 *AJIL* 1998; Christian Tomuschat, *Human Rights: Between Idealism and Realism* (2003); G Oberleitner, *Global Human Rights Institutions*; Raija Hanski e Markku Suksi (a cura di), *An Introduction to the International Protection of Human Rights: A Textbook*, 2a ed, Turku/Åbo: Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, 2000.

² Tuttavia, si può sostenere il contrario, per cui – in base ad un 'paradosso della prossimità', la soluzione amichevole di conflitti relativi all'interpretazione e attuazione di norme sui diritti umani sarebbe più agevole grazie all'azione di organizzazioni 'terze' rispetto al contesto regionale: v. Muthiah Alagappa, "Regional institutions, the UN and international security: a framework for analysis", 18 *Third World Quarterly* 2005, pag. 421.

³ V. Augusto Cançado-Trindade, *Co-existence and co-ordination of mechanisms of international protection of Human Rights: (at global and regional levels)*, 202 *RdC* 1988. Nella dottrina italiana, v.: Francesco Salerno, "Rapporti tra procedimenti concernenti le medesime istanze individuali presso diversi organismi internazionali di tutela dei diritti umani", *RDI*, 1999, pagg. 363-450.

organizzazione. Nel caso di un'organizzazione peculiare, ossia un'alleanza militare quale la NATO, lo Statuto si limita di prevedere che: “Ci si aspetta che i Paesi che richiedono di aderire raggiungano determinati obiettivi nei campi economici e politici, i quali possono comprendere [...] la dimostrazione di un impegno per lo stato di diritto ed i diritti umani”⁴. Tuttavia, il medesimo Statuto non chiarisce in base a quali standard normativi si misuri il rispetto da parte dei Paesi candidati alla membership nell'Organizzazione, e non prevede nessun meccanismo in base al quale – in seguito alla constatazione di violazioni dei diritti umani – un Paese membro può essere sospeso o subire una riduzione dei suoi diritti di Membro.

Riteniamo che le attività delle organizzazioni internazionali che più rilevano ai fini della nostra analisi siano due. In primo luogo, abbiamo le attività di standard-setting, cioè di ricerca e analisi degli standard applicabili in una determinata area della protezione e promozione dei diritti umani, e di conseguenza l'eventuale negoziazione di testi normativi nuovi, siano essi di diritto convenzionale o di soft-law. Per riprendere alcuni elementi già analizzati nella seconda parte di questo lavoro, è noto come una componente significativa della produzione di giuridica di “soft law” si sia sviluppata proprio nell'area della tutela dei diritti umani, in ragione della sensibilità socio-culturale delle situazioni disciplinate da questo corpus giuridico e della difficoltà in tale settore per gli Stati di raggiungere una convergenza di vedute tale da stipulare un accordo internazionale. Gli strumenti di soft law, com'è noto, non impongono obblighi vincolanti per gli Stati, ma prevedono raccomandazioni circa standard di comportamento per gli stessi. In determinate situazioni, strumenti di soft law possono essere considerati dichiarativi (o indicativi dell'esistenza) di una norma consuetudinaria o contribuire alla sua cristallizzazione⁵. Un altro effetto giuridico non trascurabile consiste nel precludere allo Stato che concorso col suo consenso all'adozione di norme di soft law di sostenere l'illiceità di un comportamento conforme a tali norme⁶.

Non necessariamente una determinata organizzazione promuove delle funzioni di standard-setting esclusivamente a beneficio degli Stati membri. Ad esempio, il Consiglio d'Europa ha nel passato svolto funzioni di standard-setting, in materie rilevanti per la disciplina della tutela dei diritti umani, come la protezione della privacy o la lotta al razzismo attraverso i canali informatici, che si sono concluse con la produzione di trattati a cui possono aderire tutti gli Stati, a prescindere dal fatto che essi siano membri del Consiglio d'Europa⁷.

⁴ Sul punto v. Friedrich Schimmelfennig, *The EU, NATO and the Integration of Europe – Rules and Rethoric*, Cambridge, Cambridge University Press.

⁵ V. Antonio Cassese, *Diritto internazionale*, Bologna: Il Mulino, 2006, pag. 279.

⁶ V. Tullio Treves, *Diritto internazionale – problemi fondamentali*, Milano: Giuffrè, 2005, pag. 266. Per una ricostruzione sintetica del concetto di soft law, v. Christine Chinkin, “The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law”, *ICLQ* 1989.

⁷ Si tratta rispettivamente della Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di

Un secondo tipo di attività consiste nella verifica del rispetto dei diritti umani da parte degli Stati membri, attraverso azioni che possono essere comprese tra l'organizzazione di discussioni regolari, l'adozione di risoluzioni che prevedono l'invio eventuale di missioni indipendenti di esperti con funzioni di investigazione, la ricezione e analisi di informazioni da parte degli Stati membri o da altri soggetti, l'adozione di risoluzioni contenenti raccomandazioni a specifici Stati, al sistema delle Nazioni unite o alla comunità internazionale. Tali attività possono avvenire a prescindere dallo specifico consenso degli Stati interessati. Il diritto convenzionale dei diritti umani in numerosi casi contiene specifiche previsioni circa l'istituzione di organi di controllo delle norme sostanziali, ed in particolare l'istituzione di organi composti da esperti indipendenti. Tali organi sono indipendenti rispetto all'organizzazione che ha promosso la negoziazione del trattato, ma rimangono ad essa collegati. Ad esempio, le principali convenzioni delle Nazioni unite sui diritti umani prevedono l'istituzione di comitati di esperti con il compito principale di assistere gli Stati nell'attuazione degli obblighi convenzionali attraverso un sistema di monitoraggio basato sulla presentazione e discussione di rapporti. I membri di tali comitati saranno eletti dalle rispettive conferenze degli Stati parti al trattato. Tuttavia, il Segretariato dell'ONU assumerà le funzioni di Segretario tanto per la Conferenza degli Stati parti che per il funzionamento degli organi di esperti. Una categoria specifica nell'ambito del controllo del rispetto del diritto dei diritti umani è costituito dalla possibilità per organi indipendenti istituiti all'interno dell'organizzazione internazionale di ricevere comunicazioni o petizioni da parte di individui ed in relazione a casi individuali di pretese violazione dei diritti umani.

L'azione dei comitati di esperti indipendenti sui diritti umani, in particolare in relazione a casi individuali, non è tuttavia che una delle forme di controllo del rispetto delle norme sui diritti umani. Vedremo nel corso della discussione, che le Procedure speciali del Consiglio dei diritti umani possono svolgere delle funzioni di accertamento di violazione di norme sui diritti umani quasi altrettanto efficaci rispetto a quelle intraprese dai comitati dei trattati. In dottrina non vi è consenso circa i criteri distintivi di una procedura di controllo del rispetto del diritto internazionale rispetto a strumenti politici di promozione. Cassese definisce gli istituti del controllo in base al criterio che siano preposti a conseguire pienamente ed effettivamente l'osservanza, da parte degli Stati, di determinate norme internazionali. Altri autori tendono a ricomprendere in una definizione di meccanismi di controllo quegli ulteriori procedimenti istituzionalizzati cosiddetti "di compliance" (o "di non-compliance"), miranti a prevenire il sorgere di controversie e ad affrontare la situazione sorgente dall'inadempimento di obblighi con metodi non confrontazionali, i quali pertanto si propongono di facilitare l'adempimento

dati a carattere personale, STCE n: 108, aperta alla firma il 28 gennaio 1981, e del Protocollo addizionale alla Convenzione sulla criminalità informatica, relativo all'incriminazione di atti di natura razzista e xenofobica commessi a mezzo di sistemi informatici, STCE n° : 189, aperto alla firma il 28 gennaio 2003.

piuttosto che a sanzionare l'illecito⁸ oppure di esercitare una funzione preventiva e di dissuasione rispetto a comportamenti suscettibili di far nascere controversie⁹. Tali meccanismi sono presenti in numerose aree settoriali del diritto internazionale pubblico, come ad esempio nell'ambito del diritto dell'ambiente, ma risultano essere ampiamente sviluppati nell'area dei diritti umani.

La nostra proposta per la presente tesi è quella di utilizzare l'accezione più ampia di "controllo" e pertanto di analizzare in maniera complessiva i mezzi di garanzia del diritto internazionale attivabili da Stati, organi individuali o collegiali sopranazionali o da individui e istituti in seno ad organizzazioni internazionali, volti in linea principale all'accertamento di un'avvenuta violazione, a prescindere dal fatto che tali mezzi di garanzia abbiano la forza di imporre delle decisioni vincolanti¹⁰. Osserveremo che il limitare il campo d'indagine della nostra ricerca a quelle sole decisioni capaci di imporsi con forza vincolante agli Stati non ci permetterebbe di fornire una visione completa del controllo giuridico delle norme sui diritti umani. Il principale motivo di ciò risiede nel fatto che le conclusioni e decisioni non-vincolanti di istanze quasi-giudiziali o prettamente politiche deputate al monitoraggio di una determinata situazione dei diritti umani sono utilizzate in maniera esponenziale tanto dal giudice nazionale o da meccanismi giudiziari internazionali. La forza giuridica di tali atti si basa principalmente sull'autorevolezza dell'analisi giuridica resa dall'organo quasi-giudiziale, o in alternativa sul fatto che lo Stato percepisce l'attuazione delle raccomandazioni come necessaria per rispettare l'obbligo di rispetto in buona fede delle norme contenute nel trattato. Per Coussirat-Coustère, una decisione del Comitato dei diritti umani, ossia il comitato di esperti istituito dal Patto internazionale sui diritti civili e politici, opera una sorta di inversione di presunzione: se ciascuno Stato si presume agisca in linea con i suoi impegni convenzionali in materia di diritti umani, l'opinione del Comitato metterebbe in discussione questa presunzione e imporrebbe allo Stato di provare il contrario¹¹. Similmente, si può osservare come l'effettiva attuazione delle decisioni dei comitati sia implicita nell'obbligo di cooperazione con il comitato, previsto dai diversi trattati.

Queste riflessioni suggeriscono di discutere la percezione per cui soltanto le sentenze della Corte di Strasburgo costituiscono delle decisioni rilevanti al fine della tutela dei diritti umani, soprattutto alla luce del fatto che le sentenze della Corte europea sono sì definitive, ma non hanno un effetto costitutivo del diritto, non hanno effetto immediato nell'ordinamento

⁸ V. Christin Chinkin, *Alternative Dispute Resolution in International law*, in Malcolm Evans, *Remedies in International law – The institutional dilemma*, Oxford: OUP, 1998,

⁹ V. Tullio Treves, *Le controversie internazionali*, Milano: Giuffrè, 1999.

¹⁰ V. Antonio Cassese, *Il controllo internazionale*, pag. 232; Martin Scheinin, *International Mechanisms and Procedures for Implementation*, in Rajja Hanski & Markku Suksi, *An Introduction to the International Protection of Human Rights*, cit.

¹¹ Su questo punto, v. Vincent Coussirat-Coustère, *L'adhésion de la France au Protocole facultatif se rapportant au pacte international relatif aux droits civils et politiques*, in *Annuaire française de droit international*, 1983, pag. 529.

interno dello Stato condannato, e la loro effettiva attuazione è delegata ad un organo politico¹².

In determinate circostanze, le conclusioni non vincolanti di organi internazionali esercitano una pressione considerevole nello sviluppo di nuova legislazione. Le decisioni di organi internazionali costituiscono materiale di riferimento per una valutazione dell'impegno dei governi nel migliorare la situazione complessiva dei diritti umani, valutazione che può essere resa necessaria in determinate politiche sul commercio in materia di condizionalità sulla base del rispetto dei diritti umani. Infine, le decisioni anche non-vincolanti di organi internazionali sui diritti umani, seppure per il tramite dell'autorevolezza di un ragionamento basato sul diritto assieme alla visibilità mass-mediatica, costituiscono un mezzo spesso efficace per le vittime per ottenere un rimedio¹³.

Al di là della centralità dell'azione delle Nazioni unite per la tutela diritti umani in base alla Carta di San Francisco, con riferimento in particolare agli articoli 1.3, 55 e 56, occorre ricordare che nel 2005, al termine di un processo di un processo di riflessione sulla riforma ed il rafforzamento delle Nazioni unite culminato con il documento finale del Summit dei capi di Stato e di governo delle Nazioni unite svoltosi a New York in ottobre, l'Organizzazione ha riconosciuto nei diritti umani uno dei tre grandi capitoli di lavoro del sistema delle Nazioni unite, accanto a sicurezza e sviluppo. L'affermazione che vuole i diritti umani costituire parte del DNA del sistema delle Nazioni unite si giustifica con la significativa ramificazione di iniziative in quest'area da parte di più organi e di agenzie specializzate. Ad esempio, l'Organizzazione internazionale del lavoro svolge tanto funzioni di standard-setting e di controllo in relazione ai diritti umani¹⁴. L'UNESCO ha avviato nel 1978 una procedura speciale a tutela delle persone di cultura oggetto di pretese malversazioni. L'Organizzazione mondiale per l'alimentazione e l'agricoltura costituisce il punto focale per l'attuazione delle Linee guida mondiali per il diritto all'alimentazione. Simili considerazioni possono essere svolte con riferimento a programmi di monitoraggio dei diritti umani e formazione nell'ambito di operazioni delle Nazioni unite di mantenimento della pace, di polizia, di assistenza in materia elettorale e assistenza ai rifugiati. Infine, sotto gli auspici delle Nazioni unite, si sono svolte importanti conferenze mondiali su tematiche relative a questioni di

¹² Ivi, pag. 530.

¹³ Un esempio emblematico dell'impatto 'politico' dei sistemi di garanzia istituiti dal diritto dei diritti umani è rappresentato dimostrato dall'accoglienza popolare da parte di migliaia di persone della missione di fact-finding in Argentina da parte della Commissione inter-americana dei diritti umani nel 1978, visita che viene citata tra i motivi determinanti per la caduta della giunta governante il Paese: v. David Weissbrodt e Maria Bartolomei, "The Effectiveness of International Human Rights Pressures: The Case of Argentina", *75 Minnesota Law Review* 1991, pag. 1009.

¹⁴ Con particolare riferimento ai seguenti trattati: C87 Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948; C98 Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949; C29 Forced Labour Convention, 1930; C105 Abolition of Forced Labour Convention, 1957; C138 Minimum Age Convention, 1973; C182 Worst Forms of Child Labour Convention, 1999; C100 Equal Remuneration Convention, 1951; C111 Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958.

promozione e protezione dei diritti umani, i cui documenti conclusivi si ritiene possano contribuire significativamente allo sviluppo degli standard di soft-law sui diritti umani, al pari delle risoluzioni consensuali dell'Assemblea generale¹⁵. Tuttavia, nell'economia della presente ricerca, concentremo la nostra attenzione sulle principali azioni svolte dalle Nazioni unite nel campo della promozione e protezione dei diritti umani, le quali fanno riferimento al ruolo del Consiglio dei diritti umani e all'Assemblea generale.

2. Nazioni unite e standard-setting

Tra il 1946 ed il 2006, il principale organo responsabile della concreta negoziazione del corpus contemporaneo di diritto internazionale riguardante i diritti umani è stato la Commissione dei diritti umani, organo funzionale dell'ECOSOC, spesso agendo su impulso della sua Sotto-Commissione per la promozione e protezione dei diritti umani¹⁶. Nel 2006, le funzioni della Commissione dei diritti umani sono state acquisite da un nuovo organo funzionale dell'Assemblea generale, il Consiglio dei diritti umani. Il Consiglio sta attualmente promuovendo la negoziazione, attraverso il suo Comitato consultivo, di un progetto di Dichiarazione delle Nazioni unite sul diritto all'educazione e alla formazione in materia di diritti umani. Tre organi sussidiari al Consiglio dei diritti umani stanno tuttora esaminando l'opportunità di predisporre rispettivamente una Convenzione sulla responsabilità in materia di diritti umani delle imprese di sicurezza e militari, norme "complementari" in materia di lotta al razzismo e un Protocollo facoltativo alla Convenzione sui diritti dell'infanzia in materia di comunicazioni individuali.

Tali progetti di carattere normativo vengono poi di regola trasmessi alla "Terza Commissione" (sulle questioni sociali, umanitarie e culturali) dell'Assemblea generale, perchè li trasmetta a sua volta alla plenaria dell'Assemblea generale per adozione finale. Come abbiamo ricordato sopra, il Segretariato delle Nazioni unite ha poi la funzione di assistere gli organi previsti da tali Convenzioni nel loro funzionamento, ed in particolare nella convocazione e gestione delle conferenze degli Stati parti e nella gestione degli organi di esperti spesso previsti per monitorare il rispetto di tali convenzioni.

Tanto il Consiglio dei diritti umani che la Terza Commissione dell'Assemblea generale svolgono naturalmente una funzione di standard-setting attraverso la negoziazione di testi di

¹⁵ La più recente di tali conferenze inter-governative, ossia la Conferenza di revisione della Dichiarazione e programma di azione di Durban sulla lotta al razzismo e alla discriminazione razziale, si è tenuta a Ginevra nell'aprile 2009.

¹⁶ Sul ruolo della Commissione dei diritti umani e per ulteriori indicazioni bibliografiche, v. José Alvarez, *International Organisations as Law-Makers*, cit., pagg. 156ss. V. anche Philip Alston, *The Commission on Human Rights*, in id., *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*, cit., 1992.

soft-law, e cioè di risoluzioni tematiche sui diritti umani. La prassi dell'adozione di tali risoluzioni tematiche, nella Commissione dei diritti umani, precede di gran lunga quella relativa a specifiche situazioni-Paese. La pregnanza giuridica di tali testi si misura principalmente in relazione al sostegno da parte degli Stati a tali pronunce di organi politici dell'organizzazione, e sul progressivo ampliamento del sostegno degli Stati a tali risoluzioni¹⁷. Non necessariamente tali risoluzioni prevedono standard più favorevoli all'individuo rispetto a quelli previsti negli strumenti convenzionali, ma la loro adozione è ritenuta importante da parte degli Stati al fine di dare visibilità in ambito internazionale a determinate tematiche sui diritti umani¹⁸, e inoltre allo scopo di fornire specifiche istruzioni operative al Segretariato o a organi sussidiari. Le risoluzioni tematiche possono anche assolvere al compito di istituire dei gruppi di lavoro o degli organi di indagine, come le Procedure speciali del Consiglio dei diritti umani, di confermare ed estendere mandati esistenti, pronunciarsi su raccomandazioni o orientamenti formulati da organi sussidiari, oppure di guidare il loro lavoro. Anche l'ECOSOC, attraverso la sua Commissione sulla situazione della donna, la Commissione sullo sviluppo sociale, o la Commissione per la prevenzione del crimine e la giustizia penale, negoziano ed adottano risoluzioni su tematiche estremamente significative per la tutela dei diritti umani. Entro questa categoria di testi negoziati in seno all'ECOSOC, sussisterebbero tuttavia documenti la cui pregnanza giuridica varia significativamente. Nel 1957, ECOSOC adottò le UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, come risultato del primo congresso ONU sulla prevenzione del crimine ed il trattamento dei prigionieri: dal testo, risultava chiara la pura natura esortatrice di tali linee guida. Il testo della risoluzione ECOSOC 84/50 su "Safeguards Guaranteeing Protection of the Rights of Those facing the Death Penalty", invece, suggeriva che tale strumento stesso invece confermando lo stato dell'arte al livello di diritto internazionale. A metà strada tra le risoluzioni relative all'adozione di strumenti normativi nuovi, siano essi trattati o dichiarazioni, e risoluzioni tematiche, vi sono risoluzioni tanto dell'Assemblea generale che del Consiglio dei diritti umani che contengono in allegato una serie di raccomandazioni rubricate come "dichiarazioni" o "linee guida" o "principi"¹⁹. Il grado di accoglimento da parte degli Stati di tali documenti sarebbe da verificare anche attraverso l'utilizzo che se ne fa successivamente

¹⁷ Per la prima volta, ad esempio, nel dicembre 2010, l'Assemblea generale ha adottato una risoluzione per consenso sul tema dei diritti dell'infanzia. L'adozione di una risoluzione sulla pena di morte è stata adottata con un voto favorevole di 104 voti nel 2007 e di 106 nel 2010. Nonostante questo dato sia rilevante solo da una prospettiva politica, gli Stati che sostengono tale risoluzione appartengono a tutte le regioni mondiali.

¹⁸ E' il caso della sopra menzionata risoluzione dell'Assemblea generale sui diritti dell'infanzia, che non riporta alcun riferimento circa l'illegalità dell'esecuzione della pena capitale a minori, la quale è invece prevista da strumenti convenzionali quasi-universali, come il Patto internazionale sui diritti civili e politici e la Convenzione sui diritti dell'infanzia.

¹⁹ Ad esempio, le UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners; Basic Principles for the Treatment of Prisoners; Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment; le UN Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty, o il Code of Conduct for Law Enforcement Officials; si veda tuttavia l'impressionante elenco riportato su: <http://www2.ohchr.org/english/law/index.htm#instruments>.

all'adozione nell'ambito dei lavori degli organi politici dell'Organizzazione. Ad esempio, Shelton ricorda come il Gruppo di lavoro delle Nazioni unite sulle sparizioni forzate, successivamente all'adozione di una dichiarazione in materia da parte dell'Assemblea generale, ha inviato un questionario ai governi richiedendo di fornire informazioni circa la trasposizione di tali principi e raccomandazioni nel diritto interno. Seppure non tutti gli Stati avrebbero risposto, nessuno avrebbe rifiutato sulla base della natura non vincolante di tali raccomandazioni²⁰.

Tali attività di standard-setting possono avvenire eventualmente sulla base di studi commissionati ad esperti (come in relazione alla questione della violenza nei confronti dei minori o della violenza nei confronti delle donne), o Rappresentanti speciali del Segretario generale, o delle Procedure speciali del Consiglio dei diritti umani delle Nazioni unite o ancora del Segretariato (e pertanto, studi sotto la responsabilità del Segretario generale o della Alta Commissaria delle Nazioni unite per i diritti umani). Anche il Consiglio di sicurezza può svolgere delle funzioni di standard-setting nel campo dei diritti umani attraverso l'adozione di risoluzioni. Un esempio recente in questo senso riguarda l'area della lotta alla violenza nei confronti delle donne in caso di conflitto armato o successivamente ad un conflitto, e alle forme di impunità e discriminazione collegate a tale fenomeno. La risoluzione 1820, adottata consensualmente dal Consiglio nel giugno 2008, anzitutto conferma la giurisprudenza penale internazionale relativa a casi di violenza nei confronti delle donne, sottolineando che: “la violenza sessuale, quando usata o commissionata come tattica militare al fine di colpire deliberatamente civili o come parte di sistematico o ampio attacco contro le popolazioni civili, può drammatizzare situazioni di conflitto armato e può impedire il consolidamento della pace internazionale”, e inoltre che “lo stupro e altre forme di violenza sessuale possono costituire un crimine di guerra, un crimine contro l'umanità o un atto costitutivo del genocidio”²¹. Inoltre, il Consiglio “evidenzia la necessità di escludere i crimini di violenza sessuale dalle previsioni di amnistia nel contesto dei processi di soluzione dei conflitti...”, rafforzando a questo proposito una raccomandazione contenuta già nella precedente risoluzione 1325 dell'ottobre 2000²².

²⁰ V. Dinah Shelton, *Commitment and Compliance*, Oxford:OUP, 2003, pag. 453.

²¹ Il paragrafo recita: “[the Security Council] *expresses its readiness*, when considering situations on the agenda of the Council, to, where necessary, adopt appropriate steps to address widespread or systematic sexual violence”.

²² La quale leggeva: “11. Emphasizes the responsibility of all States to put an end to impunity and to prosecute those responsible for genocide, crimes against humanity, war crimes including those relating to sexual violence against women and girls, and in this regard, stresses the need to exclude these crimes, where feasible from amnesty provisions”.

3. Controllo e monitoraggio

Le attività di controllo da parte delle Nazioni unite propriamente su standard relativi ai diritti umani sono da distinguere in due aree diverse: in primo luogo, vi sono le attività di controllo svolte dai comitati di monitoraggio istituiti dalle principali convenzioni delle Nazioni unite sui diritti umani. In secondo luogo, quelle attività svolte sulla base della Carta delle Nazioni unite, e che si esplicitano nel lavoro del Consiglio dei diritti umani e delle sue Procedure speciali. Sebbene vi siano importanti aspetti relativi al coordinamento tra questi due capitoli maggiori, è bene per il momento tenere la trattazione distinta. Tralasciamo in questa sezione altri esempi di controllo operati dall'Organizzazione su aree che pure sono estremamente rilevanti per la tutela dei diritti umani, ma le quali non si basano specificamente sul diritto internazionale dei diritti umani. E' il caso ad esempio del meccanismo di rapportologia sulla situazione dei bambini nei conflitti armati istituito dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni unite con la sua risoluzione 1612/2005, il quale è supervisionato da un apposito gruppo di lavoro tematico all'interno del Consiglio e gode dell'attività di supporto di un Rappresentante speciale ad hoc del Segretario generale.

3.1. I comitati di esperti indipendenti istituiti dai principali trattati sui diritti umani

Per ciascuna delle nove principali Convenzioni delle Nazioni unite sui diritti umani, specifiche funzioni di controllo sono affidate ai rispettivi comitati di esperti indipendenti²³. L'istituzione di simili comitati è prevista sulla base del dettato convenzionale per tutte le convenzioni eccetto che per il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, il cui Comitato è istituito attraverso risoluzione dell'ECOSOC. In termini generali, i comitati svolgono tre funzioni differenti: una funzione comunemente denominata "di controllo amministrativo", che consiste nell'analisi dei rapporti periodici inviati dagli Stati parti e l'impostazione di un dialogo con le autorità di tale Stato. In secondo luogo, tutti i comitati ad eccezione del Comitato sui diritti dell'infanzia, in base all'accettazione di una specifica clausola da parte dello Stato o dell'adesione ad un Protocollo facoltativo, hanno la facoltà di ricevere delle comunicazioni individuali relative a presunte violazioni dei diritti umani da parte di vittime, e di esprimere una opinione autoritativa circa il fatto che tale presunta violazione sia in contrasto con gli obblighi dello Stato parte al trattato. Al fine di svolgere le

²³ Per una analisi approfondita, v. James Crawford, "The UN Human Rights Treaty System: A System in Crisis?", in Philip Alston e James Crawford (a cura di), *The Future of the UN Human Rights Treaty System*, Cambridge: CUP, 2000; v. anche Anne F. Bayefsky, *The UN Human Rights Treaty System: Universality at the Crossroads*, Ardsley, NY: Transnational Publishers, 2001.

due attività citate, i comitati di controllo sono impegnati in un processo continuo di analisi del significato delle disposizioni convenzionali. Tale funzione di interpretazione si esprime nella redazione ed adozione da parte dei comitati dei cosiddetti “commenti generali”. Una ulteriore funzione attribuita al Comitato contro la tortura, al Comitato per l’eliminazione delle discriminazioni nei confronti della donna e al Comitato per i diritti delle persone disabili consiste nel condurre delle inchieste *motu proprio* in caso di violazioni gravi, sistematiche dei diritti umani, e nel caso dei primi due di intraprendere delle missioni di investigazione sul terreno. Il Comitato contro le sparizioni forzate ha inoltre la capacità di avviare una procedura d’urgenza per assistere le famiglie di una persona scomparsa.

A. Il “dialogo costruttivo” incentrato sulla presentazione di rapporti

Tutte le principali convenzioni delle Nazioni unite sui diritti umani prevedono l’obbligo per gli Stati parti di presentare periodicamente un rapporto circa le misure intraprese al livello nazionale al fine di dare attuazione a tali trattati. I medesimi strumenti convenzionali prevedono che i rapporti siano analizzati dai comitati di monitoraggio, i quali intraprendono con gli Stati parti un “dialogo costruttivo” al fine di approfondire la conoscenza dell’applicazione nell’ordinamento interno di ciascuno strumento. Al termine di tale processo, i comitati adottano delle osservazioni conclusive contenenti delle raccomandazioni allo Stato parte.

Alla luce di una panoramica delle disposizioni convenzionali relative alla presentazione e alla considerazione dei rapporti nazionali, emerge l’obbligo per ciascuno Stato parte di fornire ad un comitato indipendente, secondo modalità diverse riguardo la tempistica, informazioni dettagliate circa l’attuazione del trattato al livello interno. Il Comitato ha l’obbligo di prendere in considerazione ciascun rapporto e di avviare un dialogo costruttivo con ciascuno stato attraverso l’azione di commento delle informazioni ricevute e di richiesta di ulteriori informazioni. Al termine di tale processo, il Comitato adotta consensualmente delle osservazioni conclusive, ossia una lista di conclusioni circa gli aspetti positivi in merito all’attuazione del trattato dallo Stato parte che ricava dalla discussione del rapporto, ed una serie di “motivi di preoccupazione”, a cui vengono associate delle raccomandazioni. Alcune caratteristiche particolari si riscontrano nel caso della Convenzione sui diritti delle persone disabili, la quale prevede che se uno Stato parte è significativamente in ritardo nella trasmissione di un rapporto, il comitato può informare lo Stato in questione che provvederà a esaminare l’attuazione della Convenzione dallo Stato parte, sulla base di informazioni attendibili rese disponibili al Comitato, a patto che un rapporto non sia inviato entro tre mesi

dalla notifica²⁴. Il Patto sui diritti economici, sociali e culturali pone invece l'accento sull'utilizzo dei rapporti trasmessi dagli Stati parti dalle agenzie specializzate delle Nazioni unite. L'articolo 18 del Patto prevede altresì che l'ECOSOC possa concludere accordi con le agenzie specializzate circa il ruolo di tali agenzie nell'agevolare il raggiungimento dell'osservanza delle previsioni del Patto che sono ricomprese nell'ambito delle loro attività. I rapporti (e le valutazioni) dell'ECOSOC e delle agenzie specializzate possono essere trasmessi per "studio e raccomandazioni generali" alla Commissione dei diritti umani. L'articolo 22 del Patto prevede inoltre che l'ECOSOC porti all'attenzione di altri organi delle Nazioni unite degli elementi derivanti dai rapporti i quali possano assistere tali organi sull'opportunità di misure internazionali che possono contribuire effettivamente all'attuazione del presente Patto. Secondo il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, un obiettivo della presentazione dei rapporti è quello di costituire una base su cui lo stesso Stato parte, "così come il Comitato", possano effettivamente valutare il livello di progresso fatto verso l'attuazione degli obblighi contenuti nel Patto. E' stato osservato che "despite the facts that Treaty Bodies members are not judges, that their concluding observations are not binding", gli Stati percepiscono le osservazioni conclusive, per quanto generali esse siano, come delle indicazioni a cui dare seguito al fine di rispettare l'obbligo di cooperazione con il Comitato²⁵.

B. Le comunicazioni inter-statali ed individuali

Come osservato sopra, la possibilità per gli Stati o per singoli individui di porre all'attenzione dei comitati sui diritti umani delle Nazioni unite delle comunicazioni relative alla violazione di norme contenute nei rispettivi trattati è prevista dalle principali convenzioni delle Nazioni unite sui diritti umani con l'eccezione, per il momento, della Convenzione sui diritti dell'infanzia, nonché all'accettazione esplicita da parte degli Stati parti di una clausola relativa alle comunicazioni inter-statali o individuali, o alla partecipazione da parte degli Stati ad un apposito Protocollo facoltativo.

Le procedure inter-statali variano a seconda dei trattati. La Convenzione contro la tortura e la Convenzione sui diritti dei lavoratori migranti istituiscono una procedura in base alla quale i rispettivi comitati si pronunciano su una comunicazione inviata da un qualsiasi degli Stati parti e relativa alla presunta violazione del trattato da parte di un altro Stato. La Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale e il Patto sui diritti civili e politici prevedono una procedura più complessa che mira alla soluzione di una controversia attraverso l'istituzione di commissioni di conciliazione ad hoc. Tuttavia, il fatto

²⁴ A partire dal CEDAW, anche gli altri comitati hanno sviluppato la prassi di discutere dell'attuazione da parte degli Stati parti delle rispettive convenzioni, anche in assenza di un rapporto.

²⁵ Par. 15 del Commento generale 32 del Comitato sui diritti umani, v. documento delle Nazioni unite HRI/GEN/1/Rev.7.

che tali procedure seguano tutte le regole della confidenzialità, tende a mostrare un'affinità di fondo con la conciliazione rispetto alle procedure quasi-giudiziarie²⁶. Inoltre, abbiamo già messo in luce le difficoltà politiche che hanno determinato il mancato utilizzo ad oggi dei sistemi di comunicazione inter-statali previsti dalle singole convenzioni delle Nazioni unite.

Per quanto riguarda il sistema di comunicazioni individuali, il Protocollo facoltativo al Patto internazionale sui diritti civili e politici, il Protocollo facoltativo alla Convenzione sull'eliminazione delle discriminazioni nei confronti della donna, la Convenzione sull'eliminazione delle discriminazioni razziali e il Protocollo facoltativo al Patto sui diritti economici, sociali e culturali prevedono la possibilità per individui di inviare delle comunicazioni in cui lamentano delle violazioni delle norme a tutela dei diritti umani in casi di specie e in cui siano direttamente o indirettamente coinvolti²⁷. L'articolo 14 della Convenzione internazionale sull'eliminazione della discriminazione razziale estende a gruppi di individui la titolarità di presentare comunicazioni individuali²⁸. I Protocolli facoltativi alla Convenzione sull'eliminazione delle discriminazioni nei confronti delle donne, alla Convenzione sulle sparizioni forzate e alla Convenzione sui diritti delle persone disabili hanno integrato nel testo convenzionale delle disposizioni relative alla richiesta di misure cautelari²⁹. Un'apposita unità dell'Ufficio dell'Alto Commissario delle Nazioni unite per i diritti umani è responsabile della ricezione di tutte le comunicazioni individuali inviate in relazione a tutti i trattati, e di valutare che le condizioni di ricevibilità di ciascuna comunicazione siano rispettate, e in primo luogo l'esaurimento dei ricorsi interni, e pertanto di trasmettere la comunicazione al comitato designato dal ricorrente. Al termine di un processo di considerazione della comunicazione e di ulteriori informazioni inviate dallo Stato convenuto, i Comitati possono esprimere un'opinione circa la compatibilità delle azioni

²⁶ Ciò che ha portato il gruppo di lavoro sul progetto di Convenzione sulle sparizioni forzate ad osservare: "La procédure de communication entre Etats prévue à l'article 29 semble toujours suivre, en dépit d'améliorations mineures, le modale peu efficace des articles 11 à 13 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1965 et des articles 41 et 42 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Le Groupe de travail ne peut comprendre pourquoi, dix ans après la fin de la guerre froide, l'on voudrait limiter les pouvoirs du comité à l'arbitrage et la conciliation et à la présentation d'un bref exposé des faits et des observations des Etats parties, ainsi que le prévoit le sous-paragraphe ii) du paragraphe h) de l'article 29 plutôt que de l'autoriser à se prononcer sur les violations alléguées, comme dans le cas des procédures relatives aux communications soumises par des particuliers ou dans des procédures analogues de plainte entre Etats prévues dans la Convention européenne des droits de l'Homme ou dans les traités pertinents de l'Organisation internationale du travail": E/CN.4/2001/68 del 18 dicembre 2000.

²⁷ Sul punto, v. Bernhard Graefrath, *Reporting and Complaint Systems in Universal Human Rights Treaties*, in Allan Rosas and Jan Helgesen (eds), *Human Rights in a Changing East/West Perspective*, London: Pinter, 1990, pag 290.

²⁸ Theo van Boven, *The Petition System under ICERD: An Unfulfilled Promise*.

²⁹ Nella prassi, tuttavia, anche il Comitato sui diritti umani informa gli Stati parti coinvolti in un procedimento di considerazione di una comunicazione individuale, della necessità di prevedere delle misure provvisorie sulla base della regola 86 del proprio regolamento interno. In *Piandiong et al c the Philippines* (Communication 869/1999) il Comitato ha osservato: "5.4 Interim measures pursuant to rule 86 of the Committee's rules adopted in conformity with article 39 of the Covenant, are essential to the Committee's role under the Protocol. Flouting of the Rule, especially by irreversible measures such as the execution of the alleged victim or his/her deportation from the country, undermines the protection of Covenant rights through the Optional Protocol." La stessa posizione si ritrova in *Seidova c. Tajikistan* (comunicazione 964/2001). Tale posizione risulta essere confermata nel commento generale 33 del medesimo comitato.

compiute dallo Stato parte, e segnalate dal ricorrente, con il dettato del trattato in parola e possono proporre un determinato rimedio ad una violazione, partendo dal presupposto che se il comitato ritiene che lo Stato sia incorso in una violazione dello strumento sia anche soggetto all'obbligo di provvedere ad un rimedio³⁰. Le decisioni sulla ricevibilità, se non in casi eccezionali, sono trattate congiuntamente al merito. Le decisioni dei comitati su casi individuali vengono adottate dai comitati in sessioni private e senza un dibattito tra la parti, sebbene entrambe le parti partecipino alla formazione dell'atto in contraddittorio attraverso uno scambio di note verbali. Le decisioni possono essere integrate eventualmente da opinioni individuali di singoli membri³¹. Le decisioni dei Comitati sono considerate finali, e possono essere riconsiderate solo in occasioni eccezionali, "basically this would only occur when the Committee is satisfied that the new facts before it by a party claiming that these facts were not available to it at the time of the consideration of the case and that these facts would have altered the final decision of the Committee"³².

Nel caso specifico del Patto internazionale sui diritti civili e politici³³, sulla base del Primo Protocollo Facoltativo al Patto, il Comitato dei diritti umani ha la possibilità di ricevere delle comunicazioni individuali e di esprimere, al termine di tale processo, delle "views" (nella versione francese del Protocollo Facoltativo: "constatations") che saranno inoltrate tanto al ricorrente quanto allo Stato parte in questione. Di conseguenza, il Comitato procede ad esprimere il proprio parere delle misure che costituiscono nel caso di specie un rimedio, formulando eventualmente delle raccomandazioni circa il metodo da seguire al fine di calcolare un'eventuale risarcimento. Come vedremo meglio nelle prossime pagine, il Comitato richiede allo Stato parte in questione di fornire informazioni entro novanta giorni dal ricevimento della decisione, le misure intraprese al fine di dare attuazione a tale decisione. Sebbene il trattato preveda che le conclusioni debbano essere trasmesse alle parti interessate, di fatto, la prassi costante del Comitato, la quale peraltro non risulta essere mai stata contestata, prevede la pubblicazione *in extenso* di tali decisioni in allegato ai rapporti periodici inviati all'Assemblea

³⁰ Ad esempio, nel caso del Comitato dei diritti umani, sulla base dell'articolo 2.2 del Patto sui diritti civili e politici, si sostiene che "the victim of a violation has a right to an effective remedy and the state responsible for the violation a corresponding legal obligation under international law to provide the remedy".

³¹ V. Alfred De Zayas, *Individual Opinions in the Practice of the Human Rights Committee Under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*, in Renato Zerbini Ribeiro Leão (ed.) *Os rumos do direito internacional dos direitos humanos : ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade - Rumbos del derecho internacional de los derechos humanos, Trends in the international law of human rights, Liber amicorum Cançado Trindade*, vol. 3, 2005.

³² Rapport del Comitato dei diritti umani contenuto nel documento delle Nazioni unite A/39/40, 1984, pag. 621.

³³ V. Eckart Klein, *Individual Reparation Claims under the ICCPR, The Practice of the HRC*, in Albrecht Randelzhofer e Christian Tomuschat, *State Responsibility and the Individual, Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, The Hague: Kluwer, 1999; Markus Schmidt, *Porté et suivi des constatations du Comité des droits de l'homme des Nations unies*, in Frédéric Sudre, *La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des Nations unies – les communications individuelles*, Montpellier, CEDH, 1995; Ludovic Hennebel, *La jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations unies – le Pacte et son mecanisme de protection individuelle*, Bruxelles: Bruylant, 2007.

generale³⁴.

Nel suo commento generale 33, il Comitato dei diritti umani, pur mostrandosi ben cosciente del fatto che la funzione della considerazione di comunicazioni individuali non sia, come tale, quella di un organo giudiziale, evidenzia come le opinioni rese dal Comitato in base al Protocollo opzionale mostrano alcune importanti caratteristiche di una decisione giudiziale: “[t]hey are arrived at in a judicial spirit, including the impartiality and independence of Committee members, the considered interpretation of the language of the Covenant, and the determinative character of the decisions³⁵”. Il commento generale sottolinea che il termine utilizzato dal Protocollo per definire il prodotto dell’attività di considerazione da parte del Comitato delle comunicazioni individuali, “views”, si presta a giustificare l’inserimento in tale decisione delle conclusioni del Comitato circa le violazioni che il ricorrente pretende di avere subito, e – in caso di riscontro di una violazione – del rimedio per tale violazione. Secondo il Comitato, inoltre “the views of the Committee under the Optional Protocol represent an authoritative determination by the organ established under the Covenant itself charged with the interpretation of that instrument. These views derive their character, and the importance which attaches to them, from the integral role of the Committee under both the Covenant and the Optional Protocol³⁶”. Nel momento in cui formula delle “views”, il Comitato dei diritti umani sostiene di “dire il diritto” conformemente al senso etimologico di giurisdizione. Esso qualifica giuridicamente i fatti ed adotta delle conclusioni, se opportuno, in cui constata una violazione del Patto, raccomandando quindi delle misure che dovrebbero essere intraprese da parte dello Stato, in materia di riparazione³⁷.

I Comitati hanno chiaramente indicato agli Stati parti che le decisioni su casi individuali non sono mere raccomandazioni che lo Stato può semplicemente ignorare. In una dichiarazione resa per nota verbale all’Australia, in relazione alla mancata accettazione da parte di tale Stato delle raccomandazioni formulate in merito ad un caso individuale, il Comitato dei diritti umani osservava: "Rejecting the Committee's interpretation of the Covenant when it does not correspond with the interpretation presented by the State party in

³⁴ V. Dominic McGoldrick, *The Human Rights Committee – Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford: Clarendon, 1994, pag. 151.

³⁵ Commento generale n°33 del Comitato dei diritti umani, nel documento delle Nazioni unite HRI/GEN/1/Rev.7.

³⁶ *Ivi*, par. 13. La formula introduttiva utilizzata dal Comitato in apertura di ogni decisione su casi individuali recita: ““In accordance with article 2, paragraph 3(a) of the Covenant, the State party is required to provide the author with an effective remedy. By becoming a party to the Optional Protocol the State party has recognized the competence of the Committee to determine whether there has been a violation of the Covenant or not and that, pursuant to article 2 of the Covenant, the State party has undertaken to ensure to all individuals within its territory or subject to its jurisdiction the rights recognized in the Covenant and to provide an effective and enforceable remedy in case a violation has been established. In this respect, the Committee wishes to receive from the State party, within 180 days, information about the measures taken to give effect to the Committee’s views.”

³⁷ V. Comitato dei diritti umani, *Densil Robert c. Barbados*, (comunicazione 504/1992), par. 6.

its submissions to the Committee, it undermines the State party's recognition of the Committee's competence under the Optional Protocol to consider communications³⁸”.

In sede di Terza Commissione dell'Assemblea generale dell'ONU, l'organo che riceve periodicamente i rapporti annuali dei Comitati, gli Stati parti hanno avuto modo di esprimere sostegno e apprezzamento per il ruolo dei Comitati, in genere astenendosi tuttavia dall'entrare nel merito di specifiche decisioni. Eccezioni sono costituite in questo senso dalla proposta dell'Uruguay, nel 1979, affinché la Commissione prendesse posizione circa una decisione critica nei confronti del governo da parte del Comitato dei diritti umani e una simile istanza presentata dall'Italia nel 1982³⁹. La Commissione preferì tuttavia non dare seguito a tali proposte, le quali tuttavia evidenziano la possibilità per gli Stati di esprimere il proprio dissenso in relazione alle attività dei Comitati, e creando in questo senso un precedente.

In dottrina si riscontrano letture diverse circa il significato giuridico delle decisioni dei comitati di controllo dei trattati sui diritti umani su casi individuali. Alcuni studiosi mettono in risalto l'affinità di tali decisioni con le sentenze di una corte⁴⁰, o alternativamente le qualificano come “esempi di aggiudicazione”, nel momento in cui un organo collegiale di esperti indipendenti si esprime su un ricorso a favore di una piuttosto che di un'altra parte, applicando delle norme a dei casi concreti e adottando una decisione finale accompagnata da suggerimenti di rimedi adeguati⁴¹. Secondo Tomuschat, formalmente, le “views” formulate dal Comitato dei diritti umani non sono vincolanti per gli Stati, i quali rimangono liberi di criticarle. Tuttavia, per ogni Stato parte risulta difficile rigettare tali decisioni, le quali sono basate su un procedimento disciplinato in cui entrambe le parti hanno avuto ampie opportunità di presentare la propria posizione. Pertanto: “The views of the Human Rights Committee gain their authority from their inner qualities of impartiality, objectiveness and soberness. If such requirements are met, the views of the Human Rights Committee can have a far-reaching impact, at least vis-à-vis such Governments which have not outrightly broken with the international community and ceased to care anymore for concern expressed by international bodies. If such a situation arose, however, even a legally binding decision would not be likely to be respected⁴²”. Anche per Pocar, alla luce dell'obbligo di cooperazione, la sistematica inosservanza delle indicazioni promananti dall'organismo di controllo potrebbe determinare alla lunga una situazione insostenibile per lo Stato interessato⁴³. Per Herndl: “It

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ V. Torkel Opsahl, *The Human Rights Committee*, cit., pag. 387.

⁴⁰ V. Louis Henkin, *The International Bill of Rights*, in Rudolf Berhardt, John Anthony Jolowicz (a cura di), *International Enforcement of Human Rights*, Berlin: Springer, 1987, pag. 14.

⁴¹ V. Henry Steiner, *Individual Claims in a World of Massive Violations: What Role for the Human Rights Committee*, in Philip Alston e James Crawford, *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, cit., pag. 30.

⁴² V. Christian Tomuschat, “Evolving Procedural Rules: the UN Human Rights Committee's First Two Years of Dealing with Individual Communications”, 1 *HRLJ* 1980, pag. 255.

⁴³ V. Fausto Pocar, “Legal Values of the Human Rights Committee's views”, in *Canadian Human Rights Yearbook* 1991-

remains disputed whether the 'views' of the HRC are legally binding in a formal sense It is certain, however, that [they] are an authoritative ascertainment of law, and that each state party is obligated, by general international law, and particularly the effect of the provisions of the ICCPR, to eliminate violations of the provisions⁴⁴". Secondo Scheinin: "The absence of specific provisions on the legally binding nature of the findings by the pertinent expert body in other human rights treaties does not mean that such findings are merely 'recommendations'. The treaty obligations themselves are, naturally, legally binding, and the international expert body established by the treaty is the most authoritative interpreter of the treaty in question. Therefore, a finding of a violation by a UN human rights Treaty Body may be understood as an indication of the State party being under a legal obligation to remedy the situation⁴⁵". Scheinin continua osservando che, anche nel momento in cui il giudice nazionale si mostri riluttante a dare attuazione a delle conclusioni dei comitati delle Nazioni unite, gli obblighi dello Stato parte di offrire un rimedio alle violazioni rimane in forza.

Altri invece non considerano tali decisioni delle vere e proprie sentenze che possano "trancher un différend sur la base du droit avec l'autorité de chose jugée⁴⁶", e considerano tali atti come opinioni dotate di un'alta autorevolezza dal punto di vista morale, che possono sostenere l'istanza del ricorrente al livello nazionale di ricevere una compensazione⁴⁷". Una discussione più approfondita circa la pregnanza giuridica di tali decisioni sarà possibile alla luce di alcune considerazioni circa l'effettiva attuazione al livello nazionale di tali decisioni.

Abbiamo poi già discusso nella seconda parte di questo lavoro l'ipotesi dottrinale per cui le decisioni dei Treaty Bodies possano costituire, o generare, prassi successiva nell'attuazione dei trattati, la quale sia costitutiva dell'accordo delle Parti nel momento in cui si proceda nell'interpretazione, ai sensi dell'articolo 31(3) della Convenzione di Vienna, o in alternativa come "mezzo addizionale di interpretazione". Scheinin si è espresso a favore di tale ipotesi, precisando però che a costituire la prassi successiva non siano tanto le decisioni dei comitati, quanto le risposte di singoli Stati alle decisioni dei comitati, compresi i commenti generali. La mancata reazione da parte degli Stati a tali iniziative sarebbe da interpretare come acquiescenza.

1992; Nisuke Ando, *The Follow-up procedure of the Human Rights Committee's views*, in Nisuke Ando et alii, *Liber Amicorum Judge Oda*, The Hague: Kluwer, 2002, pag 1497. V. anche Nisuke Ando, *The development of the HRC's procedure to consider States parties' reports under article 40 of ICCPR*, in Marcelo Cohen (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through international law: Liber amicorum George Abi-Saab*, Leiden: Nijoff 2007.

⁴⁴ V. Kurt Herndl, *Zur Frage des rechtlichen Status der Entscheidungen eines Staatengemeinschaftsorgans: Die 'Views' des Menschenrechtsausschusses*, in Konrad Ginther et al (a cura di), *Völkerrecht zwischen normativen Anspruch und politischer Realität: Festschrift für Karl Zemanek zum 65. Geburtstag*, Berlin, 1994, pag 212.

⁴⁵ V. Martin Scheinin, *International Mechanisms and Procedures for Implementation*, in Raija Hanski and Markku Suksi (eds), *An Introduction to the International Protection of Human Rights*, cit., pag 444.

⁴⁶ V. Anne Weber, *Les mécanismes de contrôle non contentieux du respect des droits de l'homme*, Paris: Pedone, 2008, pag. 15.

⁴⁷ V. Anne F. Bayefski, *How to Complain in the UN Human Rights Treaty*, The Hague: Kluwer, 2003, pag. 151.

Un argomento a supporto di tale proposta consiste nel fatto che solo in casi sporadici gli Stati hanno espresso il proprio disaccordo in relazione a commenti generali, come nel caso del Commento generale sul possesso di armi nucleari o al commento generale sulle riserve, dimostrando come in tali casi gli Stati si siano voluti sottrarre all'ambito di applicazione di una specifica interpretazione data dai Comitati a norme sostantive. Dalla nostra prospettiva, il ruolo progressivamente più autorevole dei comitati dei diritti umani è una chiara indicazione del rafforzamento di interessi comunitaristici alla base del funzionamento dell'ordinamento internazionale. Da una prospettiva pratica, occorre considerare che l'interpretazione adottata dal Comitato sarà poi da esso utilizzata, da ritenersi in maniera sistematica, tanto nella considerazione dei rapporti periodici quanto nell'analisi delle comunicazioni individuali. Una posizione sistematicamente divergente da parte dello Stato membro, nel lungo termine, è difficilmente conciliabile con gli obblighi di cooperazione tra lo Stato parte ed il comitato previsti a livello convenzionale.

C. L'attuazione al livello nazionale delle decisioni dei comitati dei diritti umani su casi di specie

Al contrario del sistema del Consiglio d'Europa, non esiste ad oggi una analisi sistematica della ricezione delle decisioni dei comitati di monitoraggio dei trattati da parte degli Stati parti. La International Law Association (ILA) ha tuttavia pubblicato nel 2002 un rapporto interinale su questo soggetto, il quale tuttavia prendeva in considerazione prevalentemente giurisprudenza di lingua inglese. A tale studio ha fatto seguito nel 2004 un rapporto finale dell'ILA, il quale non solo attualizza ed estende il campo di analisi giurisprudenziale a Paesi dell'Africa sub-sahariana francofona e del Vicino Oriente, ma prende anche in considerazione la questione dell'impatto della prassi dei comitati delle Nazioni sulla produzione legislativa e sul ruolo di organismi nazionali quali gli ombudsperson⁴⁸. Sebbene il rapporto raccomandasse alle Nazioni unite di produrre un'analisi sistematica dell'impatto delle decisioni dei Treaty Bodies negli ordinamenti interni una tale iniziativa non risulta ad oggi prevista⁴⁹. Uno studio più recente si è proposto di analizzare la quasi-giurisprudenza del Comitato dei diritti umani sino al 2008: ciò nonostante, le informazioni circa l'attuazione delle raccomandazioni da parte del Comitato e delle decisioni

⁴⁸ V. Committee on International Human Rights Law and Practice of the International Law Association, 'Interim and Final Reports on the Impact of the Work of the United Nations Human Rights Treaty Bodies on National Courts and Tribunals,' disponibili su: The International Law Association <http://www.ila-hq.org/html/layout_committee.htm>.

⁴⁹ In dottrina, v. T Barkhuysen, M L van Emmerik e Piet Hein van Kempen (a cura di), *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order*, The Hague: Martinus Nijhoff, 1999; Christof Heyns, e Frans Viljoen, *The Impact of the United Nations Human Rights Treaties on the Domestic Level*, The Hague: Kluwer Law International, 2002.

su casi individuali rimangono a livello aneddótico⁵⁰. Occorre del resto sottolineare come sia relativamente recente la prassi per cui i diversi Comitati richiedono informazioni allo Stato parte circa l'attuazione delle decisioni, tanto relative a casi individuali quanto a osservazioni conclusive, ormai attraverso una procedura istituzionalizzata.

Le conclusioni finali di entrambi i rapporti dell'ILA non sono in sostanza divergenti. Tali studi dimostrano che la giurisprudenza dei comitati delle Nazioni unite sui diritti umani è stata ampiamente citata nella giurisprudenza nazionale di un gran numero di Paesi, nonché in quella di corti regionali sui diritti umani. Sebbene le corti nazionali in genere non si siano mostrate pronte ad accettare di essere vincolate formalmente dalla interpretazione data dai comitati ai trattati, sulla base della giurisprudenza analizzata, gran parte delle corti si riconoscono nell'affermazione per cui, dal momento che i comitati dei trattati hanno ricevuto il mandato dagli Stati di verificare lo stato di attuazione dei rispettivi trattati, le decisioni di tali organi relative all'interpretazione del trattato meritano un'attenta considerazione. I tribunali nazionali hanno spesso descritto i commenti generali e le "views" del Comitato dei diritti umani come "persuasive"⁵¹, di "considerable persuasive authority"⁵², o "of direct relevance to issues of discrimination"⁵³. I commenti generali e le raccomandazioni del Comitato sui diritti economici, sociali e culturali sono stati descritti come "of importance for the interpretation and jurisprudential development [of the Covenant] although they are not directly binding"⁵⁴, oppure come "essential points of reference for the interpretation of national constitutions and legislation and the development of the common law"⁵⁵. Ad esempio nella giurisprudenza di Canada, Nuova Zelanda e Hong Kong, la giurisprudenza dei Comitati dei diritti umani è stata utilizzata nel processo di interpretazione di statuti adottati rispettivamente del 1982, 1990 e 1991, al fine di dare attuazione al Patto sui diritti civili e politici.

In alcuni Paesi sono state adottate misure legislative al fine di dare sistematicamente effetto a decisioni di istanze internazionali come i comitati sui diritti umani. Questo si riscontra soprattutto nel caso di Paesi in cui i trattati sono stati incorporati nella legislazione domestica. In

⁵⁰ V. Jakob Th. Möller e Alfred de Zayas, *UN Human Rights Committee Case Law 1977-2008*, Kehl am Rhein: Engel, 2009.

⁵¹ *Nicholls v Registrar of the Court of Appeal* [1998] 2 NZLR 385, at 461 (New Zealand Court of Appeal, Smellie J).

⁵² *Nicholls v Registrar of the Court of Appeal* [1998] 2 NZLR 385, at 405 (New Zealand Court of Appeal, Eichelbaum CJ).

⁵³ *Quilter v Attorney General* [1998] 1 NZLR 523, at 577 (New Zealand Court of Appeal, Tipping J) "Thus, while in no way binding, the committee's approach to the concept of discrimination is of direct relevance to New Zealand jurisprudence on the subject."

⁵⁴ *A and B v Regierungsrat des Kantons Zürich, Judgment of 22 September 2000*, § 2(g), Corte suprema federale svizzera (Bundesgerichtf).

⁵⁵ *Northern Regional Health Authority v Human Rights Commission* [1998] 2 NZLR 218, at 235 (High Court of New Zealand, Cartwright J)(quoting the Bloemfontein Statement 1993, para 8). Tuttavia, v.: sentenza del 27 marzo 1998, Corte distrettuale di Kyoto, Giappone: the "views" and the like [General comments] of the HRC do not legally bind Japanese courts . . . [they] are at most only taken into account as opinions on the level of facts'.

alcuni Paesi, successivamente alla formulazione di “views” favorevoli ad una propria istanza da parte di uno dei comitati delle Nazioni unite sui diritti umani, è possibile richiedere ad un apposito comitato inter-ministeriale la quantificazione di una compensazione (Colombia e Perù⁵⁶). In altri casi, una decisione dei comitati può giustificare la revisione di decisioni del giudice nazionale (tra gli altri, Polonia, Ungheria e Finlandia⁵⁷). Similmente, in Spagna, nel caso in cui l’attuazione di una decisione di un comitato implichi la revisione di un processo, è possibile eseguire la procedura di ‘amparo’ di fronte alla Corte costituzionale. I casi citati dipendono tuttavia da specifiche aperture da parte degli ordinamenti nazionali o specifiche disposizioni legislative. I casi in cui il giudice nazionale si è stato confrontato con la questione delle implicazioni nell’ordinamento interno di decisioni dei comitati delle Nazioni unite restano ben limitati.

Il Comitato giudiziale del Privy Council britannico ha preso in considerazione le decisioni del Comitato dei diritti umani in un gran numero di casi, gran parte dei quali riguardanti l’imposizione della pena capitale in Paesi dei Caraibi. Ad esempio, in *Lewis e altri c. Attorney General of Jamaica*, il Privy Council ha sostenuto che qualora una persona subisca una condanna alla pena capitale, ma successivamente abbia depositato una comunicazione ad un meccanismo internazionale sui diritti umani, compreso il Comitato dei diritti umani, debba attendere la conclusione del procedimento di analisi di tale giudizio prima di eseguire la sentenza. Lo stesso comitato del Privy Council, pronunciandosi su un appello neo-zelandese riguardante la questione del se il Comitato dei diritti umani rappresentasse un’autorità giudiziale, osservò: “It is true that its views are not binding on the state party concerned, which is free to criticise them and may refuse to implement them. Nevertheless, as Professor Tomuschat has observed, a state party may find it hard to reject such findings when they are based on orderly proceedings during which the state party has had a proper opportunity to present its case. The views of the Human Rights Committee acquire authority from the standing of its members and their judicial qualities of impartiality, objectivity and restraint. Moreover, there is much force in the provisional view of Thomas J. that its functions are adjudicative. As he pointed out, when it reaches a final view that a state party is in breach of its obligations under

⁵⁶ Rispettivamente attraverso le leggi nazionali 288/1996 e 202/1986.

⁵⁷ In Finlandia, una serie di decisioni del Comitato dei diritti umani relativi alla violazione dell’articolo 9 del Patto sui diritti civili e politici (libertà della persona) hanno permesso l’iniziazione di nuovi procedimenti di fronte al giudice interno che si sono conclusi con il pagamento di una compensazione ai ricorrenti. In *Vuolanne c. Finlandia: v.* Decisione del 2 maggio 1989 relativa alla comunicazione n° 265/1987, contenuta nel documento delle Nazioni unite CCPR/C/35/D/265/1987. il ricorrente sulla base di una decisione a lui favorevole da parte del Comitato dei diritti umani ha fatto domanda di compensazione attraverso il giudice penale. La sua istanza fu negata dalla corte di prima istanza ma accettata dalla Corte di appello di Helsinki, ma impugnata dallo Stato e pertanto discussa e rigettata in Corte suprema, sulla base dell’argomento che una simile istanza sarebbe dovuta essere presentata per canali amministrativi. Nel frattempo, nel caso *Torres c. Finlandia* il ricorrente iniziava un’istanza in una situazione simile non di fronte alla giustizia ordinaria ma servendosi di una procedura amministrativa, la quale veniva infine accettata positivamente dalla Suprema Corte amministrativa: v decisione del 5 aprile 1990 relativa alla comunicazione n° 291/1988, contenuta nel documento delle Nazioni unite CCPR/C/38/D/291/1988.

the covenant, it makes a definitive and final ruling which is determinative of an issue that has been referred to it⁵⁸”.

Non mancano peraltro casi in cui la pura e semplice ‘autorevolezza’ delle decisioni del Comitato non ha avuto un riscontro concreto sulla forza di tali decisioni di imporsi al livello di ordinamento nazionale. Nel caso *Kavanagh v Governor of Mountjoy Prison*, il ricorrente lamentò di fronte al Comitato dei diritti umani una violazione degli articoli 14 e 26 del Patto sui diritti civili e politici risultante da un procedimento presso la Corte suprema irlandese. Il Comitato dei diritti umani concluse che effettivamente lo Stato in tale situazione si era reso responsabile di una violazione del Patto, ed invitò il Governo ad assicurare un rimedio effettivo. La Corte suprema irlandese dichiarò inammissibile un nuovo appello da parte di Kavanagh, sulla base del fatto che la decisione del Comitato non è vincolante e non pone in essere nessun diritto da parte del ricorrente.

D. Le procedure di follow-up

Tutti i comitati richiedono agli Stati parti di fornire informazioni circa l’attuazione delle raccomandazioni contenute nelle osservazioni conclusive formulate al termine dell’analisi dei rapporti individuali, mentre tutti i Comitati – ad esclusione del Comitato sui diritti delle persone disabili, sui diritti dei migranti e sui diritti dei bambini, hanno istituzionalizzato specifiche procedure di follow-up tra loro comparabili. In maniera sistematica, tali comitati identificano nelle osservazioni conclusive in maniera sistematica una serie di aree tematiche di maggiore preoccupazione, le quali ritiene meritino speciale attenzione: pertanto, il Comitato formula la specifica richiesta allo Stato parte di fornire ulteriori informazioni circa le preoccupazioni sollevate in relazione a tali aspetti entro un anno. Tali informazioni sono prese in considerazione da uno specifico Relatore speciale “per il follow-up”. Il relatore è responsabile di una prima analisi delle informazioni ricevute, e nel caso del Comitato contro la tortura, prenderà contatto con le autorità dello Stato parte al fine di discutere tali informazioni. Il Relatore inoltre assume il compito di inviare delle note verbali di sollecito – le quali sono rese pubbliche - rispettivamente in seguito a due e quattro mesi di ritardo nell’invio da parte dello Stato delle informazioni richieste. In caso di mancata ricezione di tali informazioni entro i 18 mesi dalla richiesta, il Relatore speciale richiederà la convocazione di una riunione con le autorità dello Stato parte. Durante ogni sessione, il Comitato discute in un incontro pubblico le informazioni ricevute in base a tale procedura. Il Comitato, in particolare, adotta una decisione nel corso di tale riunione al fine di assegnare una valutazione qualitativa alle informazioni

⁵⁸ V. *Tangiora v Wellington District Legal Services Committee* [2000] 1 NZLR 17, par 21 (Privy Council). Il riferimento è a Christian Tomuschat, "Evolving Procedural Rules: The United Nations Human Rights Committee's First Two Years of Dealing with Individual Communications" (1980) 1 *HRLJ* 249, pag. 255.

fornite dallo Stato parte, facendo riferimento a quattro diversi parametri: informazione soddisfacente, incompleta, raccomandazioni non attuate, sola notifica di ricezione della richiesta notificata o nessuna risposta⁵⁹. L'impatto di tale procedura sembra promettente. Il Comitato dei diritti umani osserva che proprio grazie alla funzione del follow-up, e pertanto in seguito ad una discussione informale circa le ragioni che possono impedire l'effettiva attuazione di tali raccomandazioni, il Comitato abbia spesso ottenuto un miglioramento della cooperazione con lo Stato parte. Il Comitato, tra il 2002 ed il 2006, avrebbe richiesto informazioni a 46 Stati parti circa l'attuazione di decisioni su casi individuali in relazione, e di questi solo 13 Stati non avrebbero dato seguito alla richiesta del Comitato, 17 avrebbero fornito solo informazioni parziali complete e 16 avrebbero fornito informazioni sufficienti.⁶⁰ Secondo una (auto)valutazione promossa recentemente dal Comitato contro la tortura, degli 81 rapporti nazionali che sono stati soggetti alla procedura di follow-up tra il maggio 2003 ed il novembre 2009, gli Stati parti avrebbero fornito informazioni giudicate come soddisfacenti nel 75 per cento dei casi, e in genere entro i termini temporali indicati.

In secondo luogo, i quattro Comitati che ad oggi hanno ricevuto e preso in considerazione comunicazioni individuali, hanno formalmente istituito delle procedure di follow-up, anche queste sostanzialmente armonizzate tra di loro. Nel luglio 1990, il Comitato dei diritti umani istituì una procedura specifica finalizzata a monitorare l'attuazione da parte degli Stati parti del primo Protocollo facoltativo che ricevono conclusioni relative a comunicazioni individuali. Viene pertanto istituita la figura di uno specifico Relatore speciale per il follow-up delle comunicazioni su casi individuali, con un mandato, rinnovabile, di due anni. Le modalità di azione di tale Relatore vengono codificate nelle regole di procedura del Comitato⁶¹. In base a tali regole, il Comitato richiede allo Stato "condannato" di fornire informazioni, entro 180 giorni dalla notifica della decisione, sulle misure intraprese al fine di dare attuazione alla decisione del Comitato.

Nel caso in cui lo Stato in questione effettivamente trasmetta delle informazioni, queste

⁵⁹ Tali modalità sono state cristallizzate in un paper del Comitato contenuto nel documento delle Nazioni unite CCPR/C/95/3

⁶⁰ Par. 16 del Commento generale 32.

⁶¹ Decisione del 24 luglio 1990, contenuta nel documento delle Nazioni unite A/45/40, riprodotta in Manfred Nowak (a cura di), *CCPR Commentary*, cit., pag. 1165. La decisione prevede che: "the Rapporteur would engage in, inter alia, the following activities: (a) To recommend action upon all letters of complaint received from individuals held, in the view of the Committee under the Optional Protocol, to have been victims of a violation and who claim that no appropriate remedy had been provided; (b) To communicate with States parties, and, if he deems it appropriate, with victims, in respect of such letters already received by the Committee; c) To seek to provide information on any action taken by States parties in relation to views adopted by the Committee to date, when such information had not otherwise been made available. To this end, the Special Rapporteur will communicate with all States parties and, if he deems it appropriate, victims in respect of whom findings of violations have been made, in order to ascertain what action, if any, has been taken. This information, when collected, will also be made available in a future annual report". Il mandato di Relatore speciale per il follow-up alle views è stato attribuito ai seguenti membri del Comitato: Mavrommatis, Bhagwati, Pocar, Chanet, Ando e Rodley.

ultime sono trasmesse al ricorrente, il quale ha la possibilità di produrre dei commenti entro due mesi. Il Relatore speciale ha quindi il compito di presentare al Comitato una sintesi delle informazioni prodotte dallo Stato assieme ai commenti del ricorrente e di eventualmente proporre al plenum del Comitato l'adozione di ulteriori raccomandazioni. Sulla base di questi elementi, il Comitato discuterà in seduta pubblica il follow-up di ciascuna comunicazione. Uno specifico rapporto contenente una sintesi di tale dibattito viene pertanto inviato all'Assemblea generale. Il Relatore sarà responsabile anche per l'invio di solleciti a quegli Stati che non forniscono le informazioni richieste entro l'arco temporale prefissato ed eventualmente per l'organizzazione di un apposito incontro con le autorità al fine di valutare le ragioni che impediscono il corretto invio di tali informazioni. In un'occasione specifica, il Comitato ha organizzato una missione presso la capitale di uno Stato parte (la Giamaica), al fine di provvedere ad un dialogo più ampio con le autorità circa l'attuazione delle comunicazioni formulate in base alla procedura delle comunicazioni individuali.

E. I commenti generali

Al di là delle funzioni di interpretazione svolte nell'ambito dell'analisi dei rapporti periodici o di comunicazioni individuali, i comitati di monitoraggio dei trattati hanno sino ad ora prodotto oltre 100 commenti generali⁶². Il primo commento generale, da parte del Comitato dei diritti economici, sociali e culturali, fu esplicitamente richiesto dall'ECOSOC e quindi dall'Assemblea generale⁶³ e si proponeva di "assistere gli Stati parti nell'attuazione del loro obbligo di rapporto". Il Comitato, nel suo rapporto del 1989, spiega inoltre che: attraverso i commenti generali si vuole diffondere l'esperienza maturata attraverso l'esame dei rapporti disponibili a beneficio di tutti gli Stati parti al fine di assisterli nell'attuazione degli obblighi convenzionali, ma anche di segnalare le insufficienze manifestate da un gran numero di rapporti, migliorare le modalità di presentazione dei rapporti e stimolare le attività degli Stati parti, delle organizzazioni internazionali ed altre agenzie specializzate interessate all'attuazione progressiva del Patto. Nei casi degli altri comitati, il processo di redazione di ogni commento generale avviene su iniziativa di ciascun comitato, in assenza di una specifica autorizzazione nei rispettivi trattati.

I commenti generali sono strumentali per il lavoro dei Comitati in relazione a casi individuali, nella misura in cui facilitano l'analisi storica delle decisioni formulate dai

⁶²V. *International Human Rights Instruments, Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, contenuto nel documento delle Nazioni unite HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. 1 e Vol. 2). V. Philip Alston, *The Historical Origins of "General Comments" in Human Rights Law*, in Laurence de Boisson de Chazournes e Vera Gowlland-Debbas, (a cura di.) *L'ordre juridique internationale, un système en quête d'équité et d'universalité – Liber amicorum Georges Abi-Saab*, 2001.

⁶³Resolution 1987/5 and endorsed by the General Assembly (resolution 42/102).

Comitati nel passato, e pertanto garantiscono la coerenza della quasi-giurisprudenza, incoraggiano il dibattito in relazione al significato di un trattato e assistono gli Stati nella produzione dei rapporti nazionali. Il processo di redazione di un commento generale prevede diverse fasi di consultazione non solo con gli Stati parti, ma anche con le organizzazioni della società civile e le agenzie specializzate delle Nazioni unite, prima che il commento generale sia adottato per consenso dal rispettivo comitato. I commenti generali sono per Alston “means by which a UN human rights expert committee distils its considered views on an issue which arises out of the provisions of the treaty whose implementation it supervises and presents those views in the context of a formal statement of its understanding to which it attaches major importance”. Dalla nostra prospettiva, accediamo all’impostazione per cui occorre riconoscere agli organi di controllo delle convenzioni il potere di elaborare documenti in cui forniscono una interpretazione autorevole del dettato convenzionale, a maggior ragione se al termine di un processo di consultazione con gli Stati, al fine di meglio strutturare e rendere prevedibile le future decisioni dei comitati in merito a comunicazioni individuali o all’analisi dei rapporti nazionali.

Soltanto in un numero limitato di casi, la giurisprudenza nazionale ha fatto riferimento testuale a commenti generali dei comitati delle Nazioni unite sui diritti umani, o ha accolto esplicitamente l’interpretazione di una norma convenzionale fornita nel commento generale. Si sottolinea tuttavia come la Corte internazionale di giustizia abbia fatto riferimento ad un commento generale del Comitato dei diritti umani nella sua opinione sulla costruzione del muro⁶⁴ in relazione alla questione dell’applicazione extra-territoriale del Patto, aspetto che risulta essere ormai accettato, con l’eccezione di Israele e degli Stati Uniti.

Anche in dottrina, le posizioni circa il significato giuridico dei commenti generali variano. Per alcuni non hanno alcun significato giuridico, per altri contengono delle “interpretazioni autoritative” dei diritti contenuti in un trattato, le quali possono contribuire alla formazione del diritto internazionale consuetudinario⁶⁵. Secondo altri ancora, i commenti generali spesso prescindono da un’interpretazione contestuale del rispettivo trattato, e sono identificabili alcune incoerenze tra commenti generali adottati da diversi comitati⁶⁶.

⁶⁴ *Cit.*, par. 136.

⁶⁵ V. Kurt Herndl, *Zur Frage des rechtlichen Status der Entscheidungen eines Staatengemeinschaftsorgans: die “views” des Menschenrechtsausschusses*, cit.

⁶⁶ V. Torkel Opsahl, *The General Comments of the Human Rights Committee*, in *Des Menschen Recht zwischen Freiheit und Verantwortung, Festschrift für Karl Josef Partsch*, Berlin: Duncker und Humblot, 1989, pag. 67-95.

F. La riforma dei ‘Treaty Bodies’

Alla luce del continuo incremento della partecipazione degli Stati a strumenti convenzionali sui diritti umani, la capacità degli organi di monitoraggio di assolvere al proprio ruolo risulta essere fortemente compromessa. Per questo motivo, una riforma della funzione del controllo amministrativo, che assorbe sempre più la capacità degli organi di controllo, è all’agenda da più di dieci anni⁶⁷. Al di là della questione del ritardo da parte di un gran numero di Stati a presentare i rapporti relativi a ciascun trattato, benché parte delle informazioni siano coincidenti, vi è la questione del significativo ritardo con cui tali organi effettivamente prendono in considerazione i rapporti. Inoltre, sono state riscontrate discrepanze tra le interpretazioni che diversi comitati forniscono rispetto a norme simili. Questo è il caso ad esempio del Comitato dei diritti umani o del Comitato contro la tortura. Tali considerazioni avevano portato la precedente Alto Commissario delle Nazioni unite per i diritti umani a favorire una riforma del sistema dei comitati che risultasse nella progressiva integrazione dei comitati in un unico organo, con l’obiettivo finale di istituire una “corte mondiale sui diritti umani”. E’ risultato palese nel corso di un seminario tenutosi nel 2006 a Malbun che tale proposta non è riuscita a godere del consenso da parte degli Stati membri delle Nazioni unite. La riforma del sistema dei trattati, pertanto, per il momento prevede l’intensificazione degli incontri tra i Presidenti dei comitati, nonché l’avvenuta standardizzazione di modalità uniche per la redazione dei rapporti sull’attuazione nazionale per tutti i trattati.⁶⁸ Inoltre, nell’ultimo incontro dei Presidenti dei comitati delle Nazioni unite sui diritti umani, tenutosi a Ginevra nel dicembre 2009, si è stabilito di istituire un gruppo permanente inter-comitato con la finalità di promuovere iniziative comuni da parte di ciascun

⁶⁷ V. il rapporto finale sui mezzi per migliorare l’efficacia nel lungo periodo del regime convenzionale istituito dalle Nazioni unite nel campo dei diritti umani, preparato dall’esperto indipendente Philip Alston su domanda della Commissione dei diritti umani, documento delle Nazioni unite E/CN.4/1997/74, del 27 marzo 1997. V. anche Commission internationale des juristes, *Etude sur la réforme des organes conventionnels relatifs au droits de l’Homme des Nations unies*, Genève, 2008. Philip Alston e James Crawford, *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, 2000; Gustav Alfredsson et alii, *International Human Rights Monitoring Mechanisms: Essays in Honour of Jakob Th. Möller*, 2001. International Law Association (ILA), Committee on Human Rights Law and Practice, *Final Report on the Impact of Findings of the United Nations Human Rights Treaty Bodies*. in ILA, Report of the 71st conference 621, 628 (2004). Rosalyn Higgins, *Ten Years on the UN Human Rights Committee: Some Thoughts Upon Parting*, 6 *European Human Rights Law Review* 1996; Matthew Craven, *The ICESCR; A perspective on its development*, 1995. Philip Alston e Gerald Quinn, *The Nature and Scope of States Parties’ Obligations Under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 9 *HUM. RTS. Q.* 156. 161 (1987); Walter Kälin, *Reform of the UN Commission on Human Rights*, Study Commissioned by the Swiss Ministry for Foreign Affairs, Institute of Public Law, University of Bern, March 2006; Michael Bowman, *Towards a Unified Treaty Body for Monitoring Compliance with UN Human Rights Conventions? : Legal Mechanisms for Treaty Reform*, 7/1 *HRLR* 2007; Michael O’Flaherty and Claire O’Brienn Echo, *Reform of UN Human Rights Treaty Monitoring Bodies : a Critique of the Concept Paper on the High Commissioner’s Proposal for a Unified Standing Treaty Body*, 7/1 *Human Rights Law Review* 2007.

⁶⁸ La necessità di avviare iniziative più o meno strutturali di riforma del sistema è stata sottolineata nel corso di un seminario organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza di Nottingham nel novembre 2009 nella città di Dublino, e conclusosi con l’adozione di un appello in tal senso sottoscritto da una trentina di membri o ex membri dei comitati delle Nazioni unite sui diritti umani nella loro capacità personale: v. Michael O’Flaherty, “Reform of the UN Human Rights Treaty Body System: Locating the Dublin Statement”, 10 *HRLR* 2009, pag. 319.

comitato di “seguito” delle osservazioni conclusive e delle conclusioni su casi individuali formulate nei confronti di ciascuno Stato.

Nel quadro del dibattito sulla riforma del sistema dei Treaty Bodies, Nowak ha osservato come il rafforzamento del sistema dei diritti umani delle Nazioni unite implichi la creazione di una procedura attraverso cui la responsabilità dell’attuazione delle raccomandazioni adottate dai Comitati tanto nel corso dell’analisi dei rapporti nazionali quanto nell’ambito della considerazione di comunicazioni individuali dovrebbe essere attribuita ad un organo ‘politico’ dell’Organizzazione, ed in primo luogo al Consiglio dei diritti umani, eventualmente nell’ambito del suo meccanismo di Universal Periodic Review⁶⁹. Pur condividendo tale proposta, che riteniamo attuale nel contesto del dibattito sulla riforma del Consiglio dei diritti umani, crediamo che in via prioritaria il sistema delle Nazioni unite dovrebbe puntare a promuovere l’autorevolezza delle decisioni dei Comitati ad esempio migliorando qualitativamente la procedura di follow-up, la quale sino ad ora si limita a constatare se lo Stato ‘condannato’ abbia fornito le informazioni richieste circa l’attuazione della decisione che lo riguarda e, in maniera non analitica, se tali informazioni siano qualificabili come ‘soddisfacenti’.

G. La previsione di organi di controllo al livello nazionale

Infine, occorre dare conto di quelle norme previste in determinati trattati internazionali sui diritti umani che prevedono la facoltà, se non l’obbligo, in capo allo Stato parte in merito all’istituzione, al livello nazionale, di organismi indipendenti in genere con funzioni di controllo dell’attuazione della convenzione. Ad esempio, l’articolo 14 della Convenzione sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, nel momento di prevedere la possibilità che lo Stato parte dichiari la competenza del Comitato ERD a ricevere comunicazioni individuali (o da gruppi di individui), indicava che:

Any State Party which makes a declaration as provided for in paragraph I of this article may establish or indicate a body within its national legal order which shall be competent to receive and consider petitions from individuals and groups of individuals within its jurisdiction who claim to be victims of a violation of any of the rights set forth in this Convention and who have exhausted other available local remedies. [...] In the event of failure to obtain satisfaction from the body established or indicated in accordance with paragraph 2 of this article, the petitioner shall have the right to communicate the matter to the Committee within six months.

Tuttavia, tale previsione sembra essere rimasta lettera morta. Persino il commento

⁶⁹ V. Manfred Nowak, *Towards a World Court*, cit.

generale n°17 del Comitato, adottato nel 1993, e relativo all'istituzione di organi nazionali deputati alla promozione dell'attuazione della Convenzione, non fa menzione di una funzione di "filtro" delle comunicazioni individuali, la quale difficilmente si concilierebbe con la prassi complessiva dei comitati delle Nazioni unite di ricevere quelle comunicazioni a condizione del previo esaurimento dei ricorsi interni⁷⁰.

Il Protocollo opzionale alla Convenzione internazionale contro la tortura, entrato in vigore nel giugno 2006, da una parte istituisce un nuovo organismo, il Sotto-Comitato delle Nazioni unite per la prevenzione della tortura. Dall'altra, il Protocollo prevede l'obbligo, a livello nazionale, per gli Stati parte, di creare o designare, entro un anno dalla ratifica del Protocollo, appositi organismi indipendenti, designati come Meccanismi nazionali di prevenzione. Sia il Sotto-Comitato che i Meccanismi nazionali di prevenzione hanno il mandato di condurre visite regolari nei luoghi di detenzione e di formulare raccomandazioni e osservazioni ai Governi e alle autorità competenti per migliorare la condizione delle persone private della loro libertà. Il Protocollo definisce i criteri di indipendenza e di professionalità dei Meccanismi nazionali di prevenzione e del personale di cui essi si avvalgono, nonché i poteri di cui devono essere necessariamente investiti per condurre le visite nei luoghi di detenzione, lasciando, invece, agli Stati ampio margine decisionale in relazione alla struttura organizzativa che essi ritengono maggiormente appropriata al loro contesto politico e geografico. Di conseguenza, la maggioranza degli Stati ha scelto di attribuire il mandato previsto dal trattato a istituzioni già esistenti, prevalentemente le istituzioni nazionali per i diritti umani, mentre altri hanno optato per la creazione di organismi indipendenti ad hoc, come il *Contrôle général des lieux de privation de liberté* in Francia o l'Agencia federale per la prevenzione della tortura in Germania.

L'articolo 33 della Convenzione sui diritti delle persone disabili richiede agli Stati parti l'istituzione di un meccanismo all'interno dell'amministrazione statale di:

designate one or more focal points within government for matters relating to the implementation of the present Convention, and shall give due consideration to the establishment or designation of a coordination mechanism within government to facilitate related action in different sectors and at different levels.

⁷⁰ Il commento generale 17, contenuto nel documento delle Nazioni unite A/48/18, raccomanda agli Stati parti l'istituzione di "national commissions or other appropriate bodies, taking into account, mutatis mutandis, the principles relating to the status of national institutions annexed to Commission on Human Rights resolution 1992/54 of 3 March 1992, to serve, inter alia, the following purposes: (a) To promote respect for the enjoyment of human rights without any discrimination, as expressly set out in article 5 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination; (b) To review government policy towards protection against racial discrimination; (c) To monitor legislative compliance with the provisions of the Convention; (d) To educate the public about the obligations of States parties under the Convention; (e) To assist the Government in the preparation of reports submitted to the Committee on the Elimination of Racial Discrimination.

Inoltre:

2. States Parties shall, in accordance with their legal and administrative systems, maintain, strengthen, designate or establish within the State Party, a framework, including one or more independent mechanisms, as appropriate, to promote, protect and monitor implementation of the present Convention. When designating or establishing such a mechanism, States Parties shall take into account the principles relating to the status and functioning of national institutions for protection and promotion of human rights.

Al momento attuale, tuttavia non risultano informazioni specifiche circa l'effettiva attuazione di tale provizione.

3.2. Il Consiglio dei diritti umani

Il Consiglio dei diritti umani, un organo sussidiario dell'Assemblea generale, costituisce il principale organo politico delle Nazioni unite incaricato di occuparsi di questioni relative alla tutela dei diritti umani. Il Consiglio dei diritti umani si riunisce a Ginevra e possiede delle funzioni di controllo degli standards sui diritti umani giuridicamente pregnanti le quali ruotano principalmente attorno a tre istituti: le Procedure speciali del Consiglio; il procedimento confidenziale ex risoluzione 1503, il meccanismo della revisione periodica universale/Universal Periodic Review⁷¹. Desideriamo tuttavia osservare in via preliminare che il principale ruolo assegnato dalla risoluzione istitutiva del Consiglio è quello di reagire a situazioni urgenti di violazioni dei diritti umani, tanto attraverso la promozione di un dibattito durante le sessioni ordinarie, quanto attraverso la convocazione di sessioni straordinarie. Tali dibattiti possono concludersi con risoluzioni che secondo alcuni svolgerebbero una funzione aggiudicatrice⁷². Si prestano a simili conclusioni le numerose risoluzioni adottate al termine di sessioni straordinarie, le quali determinano l'istituzione di missioni di inchiesta attribuite tanto al Segretario generale, o all'Alta Commissaria delle Nazioni unite per i diritti umani, quanto a membri indipendenti che il Consiglio richiede al suo Presidente di nominare. Ad esempio, al termine della sua nona sessione straordinaria, tenutasi a Ginevra il 12 aprile 2009, il Consiglio dei diritti umani ha deciso di istituire una missione internazionale indipendente di inchiesta con il mandato "to investigate all violations of international human rights law and international humanitarian law that might have been committed at any time in the context of the military operations that were conducted in Gaza during the period from 27 December 2008 and 18 January 2009, whether before, during or after"⁷³. Le regole di procedura che la missione di

⁷¹ V. Nigel Rodley, *The United Nations Human Rights Council, its Special Procedures and its relationship with the Treaty Bodies: Complementarity or Competition?*, cit.

⁷² V. Dinah Shelton, *Commitment and Compliance*, cit., pag. 452.

⁷³ Il par. 14 risoluzione S 9/1 in realtà recita testualmente: "[The Council decides] to dispatch an urgent, independent international fact-finding mission, to be appointed by the President of the Council, to investigate all violations of

investigazione ha stabilito al suo interno si ispirano alla necessità di svolgere il mandato secondo canoni giurisdizionali. Ad esempio, la missione ha dichiarato di svolgere la propria missione secondo gli standard ONU applicabili in materia di diritto dei diritti umani, di diritto internazionale umanitario e standard investigativi internazionali applicabili. La missione ha dichiarato di procedere alle investigazioni attraverso l'analisi di rapporti provenienti da diverse fonti, così come attraverso consultazioni pubbliche consistenti nella audizione individuale principalmente di vittime, familiari delle vittime. La missione ha presentato al Consiglio dei diritti umani il suo rapporto finale il 29 settembre 2009, concludendo che “serious violations of international human rights and humanitarian law were committed by Israel in the context of its military operations in Gaza from December 27, 2008 to January 18, 2009, [...] that Israel committed actions amounting to war crimes, and possibly crimes against humanity [and that] Palestinian armed groups had committed war crimes, as well as possibly crimes against humanity. Nelle conclusioni del rapporto, la Missione prendeva atto del fatto che né Israele né le autorità palestinesi avessero sino ad allora intrapreso delle investigazioni esaustive sui fatti, raccomandando al Consiglio dei diritti umani di deferire il seguito del rapporto al Consiglio di sicurezza dell'ONU, e a quest'ultimo di prendere in considerazione, al termine di un determinato periodo, di deferire il caso alla Corte penale internazionale.

A. Le Procedure speciali

Per Procedure speciali del Consiglio dei diritti umani si intendono una serie di organi di esperti, siano essi collegiali o individuali, istituiti attraverso una risoluzione del Consiglio⁷⁴. L'azione di tali organi, pertanto, prescinde dalla partecipazione o meno di uno Stato ad una determinata convenzione sui diritti umani. Ciascuna procedura può avere un mandato di lavoro di carattere geografico o tematico. Nel caso dei cosiddetti Relatori speciali geografici, il Consiglio richiede a tali esperti di intraprendere attività di monitoraggio della situazione dei

international human rights law and international humanitarian law by the occupying Power, Israel, against the Palestinian people throughout the Occupied Palestinian Territory, particularly in the occupied Gaza Strip, due to the current aggression, and calls upon Israel not to obstruct the process of investigation and to fully cooperate with the mission”. Al tempo stesso, la risoluzione istituisce un mandato di monitoraggio anche da parte dell'Alta Commissaria, alla quale richiede: “11. Requests the United Nations High Commissioner for Human Rights to report on the violations of human rights of the Palestinian people by the occupying Power, Israel, by: (a) Strengthening the field presence of the Office of the High Commission in the Occupied Palestinian Territory, particularly in the occupied Gaza Strip, and deploying the necessary personnel and expertise to monitor and document Israeli violations of the human rights of Palestinians and the destruction of their properties; (b) Submitting periodic reports to the Council on the implementation of the present resolution: cfr. par. 11.

⁷⁴ V. Pastor Ridruejo, *Les procédures spéciales de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies*, 228 RdC 1991, pag. 187. V. anche Amnesty international, “UN Special Procedures: Building on the Cornerstone of human rights protection”, IOR 40/017/2005, ottobre 2005; James Gutter, “Special Procedures and the Human Rights Council: Achievements and Challenges Ahead”, 7/93 HRLR 2007; Nigel Rodley, *Urgent Action*, in Gustav Alfreddson, *International Human Rights Monitoring Mechanisms – Essay in Honour of Jakob Th. Möller*, cit.; Theo Van Boven, “Urgent Appeals on Behalf of Torture Victims”, in *Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles: Bruylant, 2004.

diritti umani in un determinato Paese, invitando il Governo del Paese in questione, a prescindere dal suo consenso o meno, ad assicurare la massima collaborazione. Nel caso di un altro tipo di mandato geografico, quello dell'Esperto indipendente, il Consiglio, con il consenso del Paese in questione, assegna ad un individuo il compito di identificare azioni di assistenza tecnica per il miglioramento della situazione dei diritti umani.

Alle Procedure speciali di carattere tematico, il Consiglio affida funzioni che spaziano dalla ricerca e la predisposizione di attività di ricerca e standard-setting⁷⁵, ad attività di controllo in relazione a specifici diritti umani e di monitoraggio continuo sulla base di visite sul terreno, incontri e corrispondenza con le organizzazioni della società civile e con vittime, tenendo una condotta che Alston definisce “prosecutorial approach⁷⁶”. I relatori esplicano le attività di monitoraggio sulla base della risoluzione istitutiva del proprio mandato, di standard di soft-law sui diritti umani (ad esempio la Dichiarazione delle Nazioni unite del 1975 sulla lotta alla tortura) o sulla base di norme convenzionali sui diritti umani. A questo proposito, come richiamato da Kälin, “although they do not have judicial functions, Special Rapporteur can only properly fulfil their tasks if they present their findings in light of relevant legal obligations, binding the country in question⁷⁷”.

Secondo il giudice Kooijmans, che svolse il ruolo di Relatore speciale delle Nazioni unite sulla questione della tortura ai primi degli anni '90, occorre tenere bene distinti i ruoli dei Treaty Bodies rispetto alle funzioni delle Procedure speciali. In sostanza i comitati hanno il ruolo di monitorare il rispetto da parte degli Stati degli obblighi convenzionali attraverso l'analisi dei rapporti periodici, delle comunicazioni individuali e la procedura di emergenza, e pertanto di “determinare se uno Stato parte stia rispettando o abbia rispettato gli obblighi previsti dai trattati”, da cui la possibile qualificazione come “quasi-giudiziale” del loro mandato. Se il comitato giunge alla conclusione che un obbligo convenzionale è stato violato, rende il suo parere circa l'attribuzione della responsabilità dello Stato per tale violazione. Nel caso di una Procedura speciale, invece, il Relatore deve fare rapporto ad un organo composto di rappresentanti governativi circa “le sue attività concernenti la questione della tortura, compresa la questione dell'evenienza di tale pratica e l'ampiezza di tale pratica, assieme alle sue conclusioni e raccomandazioni”. Al fine di formulare tali raccomandazioni, il Relatore ha facoltà di ricevere informazioni dai Governi e da organizzazioni inter-governative e governative e ha la facoltà di portare determinate accuse di violazioni dei diritti umani a

⁷⁵ In un recente rapporto, il Relatore speciale sulla tortura conclude, in termini prescrittivi, che l'interpretazione tradizionale del diritto all'integrità personale e alla dignità umana in relazione alla pena di morte sono sempre di più confrontati dall'interpretazione dinamica di tale diritto in relazione alla punizione corporale e alle incoerenze derivanti dalla distinzione tra punizione corporale e punizione capitale, e inoltre dalla tendenza universale verso l'abolizione della pena capitale: A/HRC/10/44 del 14 gennaio 2009.

⁷⁶ Philip Alston, *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*, cit., pag. 167.

⁷⁷ V. Walter Kälin, *Introduction to Human Rights...*, cit., pag. 250.

conoscenza del Governo e richiedere informazioni, senza tuttavia “prendere una posizione se tali accuse siano fondate o meno”. La Procedura speciale pertanto “richiede semplicemente al Governo di considerare il caso in materia di tortura, affinché – nella circostanza in cui l’esito di un’inchiesta confermi un’avvenuta violazione – i responsabili siano puniti e la vittima possa ricevere una riparazione”. Le informazioni ricevute, assieme alla corrispondenza tra il governo ed il relatore, danno la possibilità al Relatore speciale di disegnare un profilo della situazione del fenomeno della tortura nel mondo e di trasmettere alla Commissione dei diritti umani delle conclusioni e raccomandazioni. Per Kooijmans, inoltre, anche le visite sul terreno svolte rispettivamente dal Relatore o da un Comitato rispondono a funzioni diverse. Ad esempio, il Comitato contro la tortura svolgerà una visita-Paese, in forma rigorosamente confidenziale e con il consenso dello stesso, sulla base di informazioni che denunciano gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani in corso, e come misura di emergenza. Le visite invece da parte dei Relatori speciali si giustificano ogni qual volta, sulla base delle informazioni ricevute, vi sia l’opportunità di incontri diretti con le autorità e con le vittime al fine di proporre delle raccomandazioni volte al miglioramento della situazione dei diritti umani. Tali visite hanno cioè prevalentemente una funzione di assistenza tecnica, ed il resoconto di tale missione è pubblico⁷⁸.

Di particolare importanza risulta essere la prassi relativa all’invio di comunicazioni urgenti ai governi, la quale fu iniziata nel 1980 da parte del primo mandato tematico della Commissione dei diritti umani, ossia il Gruppo di lavoro sulle sparizioni forzate o involontarie⁷⁹. Tale procedura è stata messa a confronto da alcuni con il mandato di buoni uffici del Segretario generale delle Nazioni unite⁸⁰. Van Boven sottolinea come tali misure urgenti, rispetto alle misure cautelari che possono essere richieste da Treaty Bodies, non siano parte di un processo giudiziale o quasi-giudiziale, ma tuttavia “siano guidate dal rispetto per le medesime norme internazionalmente riconosciute sui diritti umani⁸¹”.

Tuttavia, anche da una ricognizione rapida delle risoluzioni istitutive di alcune Procedure speciali, è possibile dedurre un ruolo di controllo ben più incisivo e rilevante dal punto di vista della tutela dei diritti dell’uomo. L’origine della pregnanza giuridica delle raccomandazioni emesse da tali Procedure speciali andrebbe ricercata tanto nell’autorevolezza degli argomenti giuridici espressi, tanto dal fatto che gli Stati parti riconoscono l’attuazione a tali raccomandazioni come necessaria per assolvere all’obbligo di cooperazione internazionale in materia di diritti umani previsto dagli articoli 55 e 56 della Carta delle Nazioni unite, e alla

⁷⁸ Rapporto dello Special Rapporteur Kooijmans, in seguito alla risoluzione della Commissione dei diritti umani 1992/32, contenuto nel documento delle Nazioni unite E/CN.4/1993/26 del 15 December 1992.

⁷⁹ Per una ricostruzione analitica, v. Theo Van Boven, *Urgent Appeals on Behalf of Torture Victims*, cit., pag. 1653 ss.

⁸⁰ V. Bernard Ramcharan, *Humanitarian Good Offices in International Law*, The Hague: Kluwer, 1983, pag. 52.

⁸¹ V. Theo Van Boven, *ivi*. V. anche Nigel Rodley, *Urgent Action*, in Gustav Alfredsson et alii, *International Human Rights Monitoring Mechanisms*, cit.

luce del fatto che il Consiglio dei diritti umani (e prima la Commissione dei diritti umani), a cui si deve l'istituzione di tali Procedure speciali – come riconosciuto dalla Corte internazionale di giustizia nel parere consultivo sul caso *Cumaraswamy*⁸² – vigila continuamente sulla correttezza delle loro operazioni.

Tale ipotesi trova ulteriore conferma nelle risoluzioni istitutive dei mandati. Si pensi ad esempio alla Procedura speciale collegiale denominata “Gruppo di lavoro sulle detenzioni arbitrarie”, istituita attraverso la risoluzione 1991/42 della Commissione dei diritti umani⁸³. Pressoché tutte le Procedure speciali del Consiglio dei diritti umani hanno la facoltà di ricevere comunicazioni individuali circa presunte violazioni dei diritti umani. Su questa base, essi possono entrare in contatto con le autorità dello Stato in questione e richiedere informazioni o chiarificamenti in relazione alla denuncia delle vittime o di suoi rappresentanti. Al termine del lavoro di inchiesta e di controllo, le Procedure speciali presentano al Consiglio dei diritti umani un resoconto delle loro attività, che può o meno contenere un'analisi dell'attività svolta in relazione a casi individuali, compresa un'analisi delle informazioni offerte dal governo in questione, o la constatazione della mancata collaborazione, in maniera sufficiente, da parte del governo.

Dalla prospettiva della presente ricerca, il dato probabilmente più interessante consiste nel fatto che le Procedure speciali hanno il mandato di ricevere comunicazioni individuali e di esprimere una posizione, anche attraverso mezzi stampa, circa la constatazione di presunte o potenziali violazioni dei diritti umani a prescindere dall'avvenuta trattazione di un simile caso in via giudiziaria, e che tali posizioni possano essere poi riprese in documenti che godono di una pregnanza giuridica maggiore. Le Procedure speciali svolgono tale ruolo attraverso i cosiddetti “appelli urgenti”. In base al “Manuale per l'azione delle Procedure speciali”, un documento adottato dalla riunione delle Procedure speciali su proposta dell'Ufficio dell'Alto

⁸² V. Parere consultivo “Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights”, del 29 aprile 1999, ICJ Reports 1999.

⁸³ Il mandato fu poi modificato attraverso le risoluzioni 1997/50 sempre della Commissione dei diritti umani, dalla decisione del Consiglio dei diritti umani 2006/102 e ed infine dalla risoluzione 6/4. Il mandato del Gruppo di lavoro prevede di: (a) investigare casi di privazione della libertà imposti arbitrariamente o comunque in maniera contraria rispetto agli standard internazionali definiti dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo o in altri strumenti giuridici accettati dallo Stato in questione; (b) domandare e ricevere informazioni da parte dei governi e organizzazioni inter-governative e non-governative, e ricevere informazioni dagli individui in questione, le loro famiglie e i loro rappresentanti; (c) prendere iniziative su casi di detenzione arbitraria sottoposti alla sua attenzione attraverso l'invio di appelli urgenti ai Governi in questione affinché forniscano informazioni su tali casi; (d) intraprendere missioni d'inchiesta sul terreno; (e) formulare deliberazioni su questioni di natura generale al fine di assistere gli Stati nel prevenire casi di privazione arbitraria della libertà; (f) presentare un rapporto annuale al Consiglio dei diritti umani contenente una presentazione delle attività, le conclusioni e raccomandazioni. Inoltre, il Consiglio dei diritti umani richiede al Gruppo di lavoro di “lavorare in cooperazione con le altre Procedure speciali del Consiglio dei diritti umani e i comitati di monitoraggio dei trattati, con particolare riferimento al trattamento delle comunicazioni che riceve”. Sulla base di questo mandato, il Gruppo di lavoro pubblica annualmente un rapporto contenente una media di cinquanta opinioni su altrettanti casi individuali in cui constata la violazione delle norme applicabili di diritto internazionale in materia di detenzione arbitraria. Il Gruppo di lavoro pubblica nei suoi rapporti informazioni relative all'attuazione di tali opinioni da parte degli Stati.

Commissario delle Nazioni unite per i diritti umani⁸⁴, tali appelli servono a trasmettere per via diplomatica, o a mezzo stampa, informazioni in casi in cui le pretese violazioni implicano il rischio della vita o minacciano un danno di grave natura, tanto che una comunicazione regolare sarebbe inutile. I governi hanno la possibilità di fornire una risposta entro trenta giorni. Il Manuale precisa che “a differenza dei requisiti delle comunicazioni individuali previste dai trattati sui diritti umani, le comunicazioni possono essere trasmesse a prescindere dal fatto che non vi sia stato un esaurimento dei ricorsi interni”. Le Procedure speciali sono infatti meccanismi non giudiziali, e sono piuttosto incaricati di agire rapidamente al fine di proteggere le vittime e le potenziali vittime, senza precludere ad ogni modo in lo svolgimento parallelo dei procedimenti giudiziali al livello nazionale. Le comunicazioni possono anche riguardare delle legislazioni o proposte di leggi che si ritiene costituiscano una fonte di preoccupazione⁸⁵.

Un Codice di condotta per le Procedure speciali adottato per il tramite di una risoluzione consensuale dal Consiglio dei diritti umani nel 2007⁸⁶ prevede che il mandato debba “cercare sempre di stabilire i fatti sulla base di informazioni oggettive, serie, provenienti da fonti credibili, che hanno verificato trasversalmente per quanto possibile”; valutare ciascuna informazione alla luce dei diritti umani internazionalmente riconosciuti che rilevano per ogni mandato e alla luce delle convenzioni internazionali di cui ciascuno Stato è parte; “nel momento in cui emettono i loro parere, in particolare attraverso dichiarazioni pubbliche concernenti accusi di violazioni dei diritti umani, devono indicare chiaramente le risposte ricevute dallo Stato”. E’ rilevante, tuttavia, che nella sua opinione individuale allegata al Parere consultivo *Cumaraswami*, il Giudice Weeramantry ritenesse opportuna l’elaborazione di una serie di principi comuni applicabili in simili casi, e volti ad assicurare che effettivamente la Procedura speciale svolga il suo ruolo pienamente in linea con il suo mandato: “In so sensitive a field as human rights, the freedom and independence of rapporteurs would be gravely affected if there should be varying standards and hence a resulting uncertainty regarding the principles applicable to this matter”.

La stessa risoluzione attraverso la quale il Consiglio dei diritti umani ha adottato il Codice di condotta qui menzionato prevede un meccanismo per cui il Presidente del Consiglio dei

⁸⁴ V. *Manual of Operations of the Special Procedures of the Human Rights Council*, agosto 2008, disponibile su www.ohchr.org

⁸⁵ Secondo il Manuale: “le comunicazioni non implicano alcun tipo di giudizio di valore. Non sono da ritenersi sostitutive di procedimenti giudiziali o quasi-giudiziali al livello nazionale. Il loro principale obiettivo è quello di ottenere chiarimenti in risposta ad accuse di violazioni e promuovere misure utili alla tutela dei diritti umani. In base al tipo di risposta ottenuta, o sulla base di informazione provenienti da altre fonti, la procedura speciale determinerà le azioni successive. Questo può implicare l’avvio di ulteriori inchieste, l’elaborazione di raccomandazioni o osservazioni da pubblicare in un apposito rapporto o “other appropriate steps designed to achieve the objectives of the mandate: v. Manuale, par. 30.

⁸⁶ Risoluzione 5/2 del 18 giugno 2007.

diritti umani possa ricevere da parte degli Stati membri delle Nazioni unite, informazioni circa il mancato rispetto da parte della procedura speciale del codice di condotta. Sulla base di tali informazioni, il Presidente del Consiglio può decidere di mettere all'ordine del giorno del Consiglio dei diritti umani un punto di discussione in proposito, il quale può portare ad una decisione di sospensione del mandato. Tale procedura conferma in sostanza l'impostazione seguita dalla Corte internazionale di giustizia nel suo parere del 1989 sulle Procedure speciali. La Corte, infatti, in tale parere, al fine di valutare nel merito le conclusioni da parte del Segretario generale delle Nazioni unite circa il fatto che le attività del Relatore speciale Cumaraswamy fossero in linea con il mandato assegnatogli dal Consiglio dei diritti umani, osservava che la Commissione dei diritti umani aveva "preso nota" del lavoro del Rapporteur in tre risoluzioni successive, e ha poi provveduto al rinnovo del mandato per ulteriori tre anni.

B. La procedura "1503"

Quando l'ECOSOC il 27 maggio 1970 adottò la risoluzione 1503 (XLVIII) istituendo un meccanismo "confidenziale" di controllo dei diritti umani avente il suo elemento d'impulso nelle comunicazioni relative a violazioni dei diritti umani e delle libertà fondamentali ricevute dall'Organizzazione la dottrina dell'epoca parlò di un attacco significativo alla sempre più vulnerabile sovranità statale⁸⁷. Il meccanismo originale prevedeva la Sotto-Commissione sulla promozione protezione dei diritti umani valutasse, attraverso un gruppo di lavoro istituito al suo interno, le comunicazioni concernenti casi nei quali era possibile rilevare prove di gravi violazioni di diritti umani, nonché le repliche dei governi interessati: le comunicazioni individuali erano pertanto dichiarate irricevibili. Alla Commissione spettava, poi, il compito di decidere sulla necessità di esaminare o meno una determinata situazione e sull'adozione di un rapporto o una raccomandazione sulla stessa da inviare all'ECOSOC⁸⁸. Tutte le misure prese nell'ambito della procedura 1503 rimangono essenzialmente confidenziali a meno che la Commissione non decida di investire l'ECOSOC attraverso uno specifico rapporto. A partire dal 1978, comunque, la confidenzialità della

⁸⁷ V. Antonio Cassese, "The New United Nations Procedure for Handling Gross Violations of Human Rights", *La Comunità Internazionale*, 1975, pag. 49ss.

⁸⁸ Al fine di garantire uno standard uniforme di valutazione e di ammissibilità delle comunicazioni, la Sotto-Commissione ha adottato, nel 1971, un regolamento di procedura che stabilisce i criteri, le fonti, il contenuto e la tempestività delle comunicazioni, la natura delle pretese, nonché l'esistenza di altre forme di rimedi. Nella sostanza, rimanendo nei limiti di una descrizione generale, il regolamento stabilisce, anzitutto, che le comunicazioni devono essere conformi ai principi delle Nazioni unite, alla Dichiarazione universale, nonché agli altri strumenti internazionali sui diritti umani applicabili. Inoltre, le stesse potranno essere accolte solo dopo un'attenta valutazione, unitamente alle repliche provenienti dai governi interessati, che evidenzia la sussistenza di gravi e attendibili violazioni dei diritti umani. Altro requisito di ammissibilità è costituito dal fatto che le comunicazioni devono provenire da persone, individui o gruppi, che presumibilmente siano vittime delle violazioni o abbiano diretta conoscenza delle stesse. L'ammissibilità della comunicazione è infine valutata alla luce del rispetto della regola del *previo esaurimento dei ricorsi interni* a meno che non sia possibile dimostrare convincentemente l'inefficacia o l'irragionevole lunghezza temporale degli stessi.

procedura ha subito un'attenuazione in conseguenza della prassi avviata dalla presidenza della Commissione di comunicare pubblicamente la lista dei paesi oggetto d'esame, distinguendo, tuttavia, la posizione di quelli nei confronti dei quali è stato deciso di non assumere ulteriori iniziative. Tali innovazioni sono state formalizzate in una riforma del sistema prevista attraverso la risoluzione 2000/3 del 19 giugno 2000. Rispetto alla Commissione dei diritti umani, il Consiglio ha dato continuità alla procedura 1503. La procedura mantiene una natura confidenziale, al fine di assicurare una migliore collaborazione con lo Stato in questione. Un apposito gruppo di lavoro sulle comunicazioni, costituito all'interno del Comitato consultivo del Consiglio dei diritti umani, ha il compito di prendere in considerazione le comunicazioni ricevute e rigettare quelle comunicazioni che non rispecchiano tutti i criteri di ammissibilità. Il Gruppo è responsabile anche di valutare il merito di ciascuna comunicazione, ed in particolare di esprimere una sua opinione circa il fatto che tale comunicazione, eventualmente in connessione con altre comunicazioni, denota una situazione di violazione sistematica dei diritti umani. Le comunicazioni che rispettano i criteri di ammissibilità sono trasmesse al Gruppo di lavoro del Consiglio sulle situazioni, composto da un Paese per ciascun gruppo regionale, il quale intraprende una procedura di discussione con il Paese interessato e di conseguenza può raccomandare determinate azioni da parte della plenaria del Consiglio dei diritti umani. Significativamente, circa la posizione dello stante, tali istanze possono essere presentate da una persona o da un gruppo di persone che pretendono avere subito una violazione dei diritti umani, ma anche da altre persone, comprese ONG, le quali affermano di avere conoscenza diretta ed attestabile di tali casi.

C. Lo Universal Periodic Review

Infine, occorre fare riferimento al meccanismo dello Universal Periodic Review (UPR) del Consiglio dei diritti umani delle Nazioni unite, uno strumento di controllo dell'attuazione da parte di tutti gli Stati membri dell'Organizzazione degli obblighi internazionali sui diritti umani applicabili allo Stato in questione, la cui previsione è ritenuta essere la principale innovazione della riforma del sistema onusiano sui diritti umani che ha visto l'istituzione del Consiglio dei diritti umani⁸⁹. Una ricostruzione delle negoziazioni che hanno condotto all'istituzione dello UPR conferma che gli Stati membri, attraverso la previsione di tale meccanismo, abbiano desiderato correggere la pratica di applicazione della logica dei "due pesi e due misure" da parte della Commissione dei diritti umani delle Nazioni unite, ora sostituita dal Consiglio, nell'ambito

⁸⁹ V. Nadia Bernaz, *Reforming the UN Human Rights Protection Procedures : a Legal Perspective on the Establishment of the Universal Periodic Review Mechanism*, in Kevin Boyle (a cura di), *New Institutions for Human Rights Protection*, cit.

della presa in considerazione di specifiche situazioni nazionali sui diritti umani. Sebbene l'agenda del Consiglio dei diritti umani preveda tuttora la possibilità di discutere ed adottare risoluzioni su determinate situazioni nazionali sui diritti umani, la logica inerente allo UPR ammette che la situazione dei diritti umani sia perfezionabile ovunque nel mondo e riconosce che un approccio esclusivamente confrontazionista nell'ambito di tanti anni di attività del principale organo delle Nazioni unite deputato alla promozione e protezione dei diritti umani non abbia portato a sostanziali miglioramenti. Ai fini del presente lavoro è utile richiamare come non solo l'istituzione dello UPR si spieghi con l'esigenza di riaffermare l'universalismo dei diritti umani, ma è altrettanto rilevante sottolineare come la procedura di esame della situazione dei diritti umani in ogni Stato partecipante al meccanismo si basi anche sulle informazioni prodotte (su base volontaria) da parte di organizzazioni inter-governative regionali. Questo procedimento consiste in un ciclo quadriennale in cui tutti gli Stati membri delle Nazioni unite sono tenuti, in base alla risoluzione 60/251 dell'Assemblea generale, a discutere prima di fronte ad un Gruppo ristretto (Troika) e quindi di fronte alla plenaria del Consiglio dei diritti umani la relativa situazione nazionale sui diritti umani, o meglio lo stato di attuazione degli obblighi applicabili in materia di diritti umani, con riferimento alle seguenti fonti: la Carta delle Nazioni unite, la Dichiarazione dei diritti umani, gli strumenti sui diritti umani cui lo Stato è parte (senza indicazione alcuna sul tipo di trattati di riferimento), gli impegni volontari assunti dagli Stati nel momento di presentare la loro candidatura ad essere membri del Consiglio dei diritti umani, nonché le norme applicabili di diritto umanitario⁹⁰. La discussione analisi viene facilitata dalla presentazione di un rapporto da parte dello Stato considerato e altri due documenti, preparati dal Ufficio dell'Alto Commissario delle Nazioni unite per i diritti umani – il primo sulla base di osservazioni conclusive dei Comitati sui diritti umani e delle raccomandazioni delle Procedure speciali del Consiglio, ed il secondo sulla base di informazioni ed infine, un rapporto sempre compilato dall'Alto Commissariato, contenente “informazioni credibili e degne di fede provenienti da altre parti interessate”. A tale ultimo rapporto possono contribuire le ONG depositando osservazioni scritte di un massimo di 5 o 10 pagine, a seconda che siano presentate da una o più organizzazioni. Tali osservazioni scritte devono essere depositate entro termini perentori. Al termine di tale discussione, lo Stato preso in considerazione (ogni Stato preso in considerazione) accetta una serie di raccomandazioni per il miglioramento della situazione interna sui diritti umani che si impegna ad attuare entro il ciclo successivo del procedimento. La risoluzione istitutiva del meccanismo mette in evidenza come l'attuazione ed il seguito del documento conclusivo dello UPR, il quale costituisce un meccanismo cooperativo, sia in via principale una responsabilità dello Stato preso in considerazione, ma anche di altri attori rilevanti⁹¹. La medesima risoluzione prevede inoltre che: In considering the outcome of the

⁹⁰ V. risoluzione 5/1 del 9 giugno 2007 del Consiglio dei diritti umani

⁹¹ V. par.33 della risoluzione 5/1.

universal periodic review, the Council will decide if and when any specific follow up is necessary e che [a]fter exhausting all efforts to encourage a State to cooperate with the universal periodic review mechanism, the Council will address, as appropriate, cases of persistent non-cooperation with the mechanism⁹²”. La comunità Internazionale potrà offrire il suo sostegno allo Stato preso in considerazione nei suoi sforzi di dare attuazione alle raccomandazioni derivanti dallo UPR, “in consultazione e con il supporto del Paese preso in considerazione”. Quest’ultima indicazione può dare luogo a qualche perplessità, in particolare se si tiene conto che, in pratica, il documento conclusivo dello UPR – un procedimento sostanzialmente inter-governativo - di un determinato Paese potrebbe essere utilizzato al fine di giustificare una ridefinizione delle priorità dello Stato in termini di promozione dei diritti umani, e pertanto dei relativi programmi di assistenza tecnica e capacity building.

Da una parte, il meccanismo dello UPR ha l’indubbio merito di permettere, nella sede istituzionale del Consiglio dei diritti umani, con una determinata regolarità, una discussione ‘politica’ dei principali problemi sui diritti umani per ogni Paese del mondo. Lo UPR offre una cornice istituzionale agli Stati, e in misura limitata ad altri osservatori, di sollevare pubblicamente questioni di accountability e responsabilità dello Stato preso in considerazione, le quali sono fedelmente riportate in un rapporto pubblico. Tuttavia, quest’ultimo mantiene la prerogativa di decidere a quali raccomandazioni dare seguito e a quali no. Inoltre, nella prassi attuale, si segnalano casi in cui lo Stato preso in considerazione non ha accettato nessuna raccomandazione (ad esempio, la Corea del Nord) o non ha dato indicazioni complete su quali raccomandazioni accetta di dare attuazione, e quali invece no (Iran). Per questo, in dottrina si discute criticamente la pregnanza giuridica della procedura di controllo prevista dallo UPR, e anzi si mette in rilievo il rischio che le raccomandazioni derivanti dallo UPR non siano coerenti con quelle formulate dai Treaty Bodies⁹³.

⁹² V. parr. 37 e 38 della risoluzione 5/1.

⁹³ V. la risoluzione istitutiva del Consiglio diritti umani delle Nazioni unite (A/60/251). Per una critica, Riccardo Pisillo Mazzeschi, “Universal Periodic Review: controllo sull’adempimento di obblighi giuridici o meccanismo di cooperazione politica e diplomatica?”, 1 *Diritti Umani e Diritto Internazionale* 2008; v. anche Felice D. Naer “A Voice Not an Echo: Universal Periodic Review and the UN Treaty Body System”, 7 *HRLR* 2007, pag. 109.

CAPITOLO II

IL SISTEMA DIRITTI UMANI DEL CONSIGLIO D'EUROPA E GLI ALTRI SISTEMI REGIONALI

1. La Convenzione europea dei diritti dell'Uomo

1.1 Il ruolo della CEDU nel contesto del sistema diritti umani del Consiglio d'Europa

Non meno complesso rispetto al regime delle Nazioni unite è il sistema per la tutela dei diritti umani costituito in seno al Consiglio d'Europa¹. In primo luogo, rientra negli obiettivi statuari dell'Organizzazione l'intensificazione della cooperazione in materia di diritti umani, obiettivo che si è concretizzato anzitutto nella negoziazione di specifici trattati: accanto alla CEDU ed ai suoi protocolli facoltativi, vi è tutta una serie di convenzioni settoriali riguardanti materie che spaziano dalla tutela delle minoranze nazionali alla lotta al razzismo attraverso le nuove tecnologie informatiche. E' attualmente in corso di negoziazione un progetto di convenzione sulla lotta alla violenza nei confronti delle donne.

Il sistema dei diritti umani del Consiglio d'Europa ha istituito una serie di organi di garanzia di tali convenzioni. Al di là della Corte europea dei diritti dell'uomo, il sistema del Consiglio d'Europa per la tutela dei diritti umani comprende infatti una serie di organi di carattere quasi-giudiziale che hanno il compito di monitorare l'attuazione degli standards convenzionali, attraverso la ricezione e analisi di rapporti dagli Stati parti, di comunicazioni collettive, nonché la promozione di attività di dialogo con le competenti autorità degli Stati parti. Trattasi principalmente del Comitato europeo per i diritti sociali, e del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e di trattamenti o punizioni inumani o degradanti². Un ulteriore organo non collegiale è rappresentato dal Commissario del Consiglio d'Europa per i diritti umani. Sebbene il mandato ufficiale³ definisca il Commissario come una istituzione non giudiziale avente il mandato di promuovere educazione, consapevolezza e rispetto per i diritti umani, il Commissario ha il compito di identificare “possibili limiti nel diritto e prassi degli Stati membri in relazione al rispetto dei diritti umani previsti negli strumenti del Consiglio d'Europa, promuovere l'effettiva attuazione di tali standards da parte degli Stati membri e assisterli, con il loro consenso, nei loro sforzi al fine di eliminare tali limiti”, e in questo senso deve godere dell'ampia cooperazione da parte degli Stati membri nella facilitazione delle sue

¹ Per una analisi complessiva, v. Guido Raimondi, *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2008.

² Nell'economia del presente lavoro, non vi sarà l'opportunità di prendere in considerazione il ruolo di organi quali la Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza, nota con l'acronimo di ECRI, il Gruppo di esperti sull'azione di contrasto al traffico in esseri umani (GRETA).

³ Contenuta nella risoluzione del Comitato dei ministri (99)50.

attività⁴. In questo senso, la dottrina ha correttamente lamentato la non accettazione, in sede di elaborazione del Protocollo n°14 alla CEDU, di quelle proposte che avrebbero sostanzialmente incoraggiato un ruolo attivo del Commissario nel sistema convenzionale⁵.

Strettamente collegate rispetto alle funzioni di produzione normativa e di supervisione del rispetto di tali norme, il Consiglio d'Europa promuove molteplici attività di cooperazione in materia di diritti umani, che ricomprendono attività di informazione, educazione, formazione per le professioni giuridiche, le forze di polizia, la promozione di studi di compatibilità. Un esempio recente che dà il segno della crescente consapevolezza dell'Organizzazione circa l'importanza delle politiche di cooperazione è rappresentato dalla attivazione in seno alla Banca per lo sviluppo del Consiglio d'Europa, di un fondo avente lo scopo di contribuire all'attuazione di misure nazionali per prevenire violazione della CEDU. Particolare menzione merita inoltre la Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto, meglio nota come Commissione di Venezia, è un organo consultivo istituito nel 1990. La Commissione di Venezia è composta da esperti di diritto costituzionale e internazionale, giudici di corti supreme o costituzionali e membri di parlamenti nazionali e promuove attività di consulenza tecnica nella redazione di modifiche costituzionali, di codici elettorali, nonché di legislazione specialistica come in materia di tutela delle minoranza. Le attività della Commissione si svolgono al di là dello spazio del Consiglio d'Europa, anche in virtù dello status consultivo di Paesi extra-europei come Argentina, Canada, Giappone, Messico, Stati Uniti, Uruguay o lo status speciale di cooperazione con il Sudafrica. Più in generale, anche in questa fase del lavoro cercheremo di proporre un apprezzamento delle attività giurisdizionali in materia di diritto dei diritti umani nell'ambito del Consiglio d'Europa, mettendole in relazione alle attività di carattere diplomatico, politico o di assistenza allo sviluppo promosse dall'Organizzazione, alla luce della

⁴ Ciò che porta l'attuale Commissario a concludere che “sebbene nessuno degli atti o dei pareri espressi dal Commissario abbiano natura vincolante, la loro pregnanza giuridica, derivante dalla risoluzione del Comitato dei ministri istituita del mandato, non può essere trascurata: v. Thomas Hammarberg e John Dalhuisen, *The CoE Commissioner for Human Rights*”, pag. 520.

⁵ L'adozione del Protocollo addizionale n°14, entrato in vigore in luglio 2010, si ritiene costituisca un passo importante al fine di garantire l'efficacia a lungo termine della Corte, ottimizzando il filtraggio e il trattamento dei ricorsi. Le principali innovazioni sono costituite dalla previsione di un giudice unico abilitato a respingere i ricorsi manifestamente irricevibili e di un collegio di tre giudici abilitato a decidere con sentenza casi rispetto ai quali vi sia già una giurisprudenza consolidata. Tale Protocollo va anche a influire sostanzialmente anche sulle modalità di esecuzione delle sentenze, prevedendo un coinvolgimento esplicito della Corte in fase di esecuzione in due modi, il quale tuttavia, in fase di negoziazione del Protocollo, era definito straordinario: in primo luogo, la Corte può essere chiamata a fornire ulteriori ragguagli in caso di problemi di esecuzione dovuti a problemi di interpretazione; in secondo luogo, alla Grande camera può essere richiesto di esprimersi, attraverso una nuova sentenza, circa l'attuazione da parte dello Stato condannato in relazione ad una specifica sentenza. Per un commento, v. Steven Greer, “Protocol 14 and the Future of the ECHR”, *Public Law* 2005, pagg. 93-93; Elisabeth Lambert-Abdelgawad, *Le protocole 14 et l'exécution des arrest de la Cour europeene des droits de l'homme* in Gerard Cohen-Jonathan e Jean-François Flauss (a cura di), *La Reforme du systeme de controle contentieux de la Convention europeene des droits de l'homme, Droit et Justice*, Vol. 61, Bruxelles: Bruylant, 2005, pag.102; Maria Luisa Padelletti, “Una nuova condizione di ricevibilità del ricorso individuale: il danno significativo subito dalla vittima”, 46 *RDI* 2006, pag. 89; Francesco Salerno, “Le modifiche strutturali apportate dal Protocollo n°14 alla procedura della Corte europea dei diritti dell'uomo”, 42 *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2006, pag. 377; Marie-Aude Beernaert, “Protocol 14 and the nex Strasbourg procedures: towards greater efficiency? And at what price?”, 5 *European Human Rights Law Review* 2004, pag. 544.

continua discussione sulla riforma del sistema convenzionale e sul pieno raggiungimento degli obiettivi posti dalla CEDU⁶.

La principale dimensione che verrà presa in considerazione in questo capitolo per dar conto di una lettura “costituzionale” dell’operato del Consiglio d’Europa in materia di diritti umani riguarda la prassi delle cosiddette decisioni pilota e che vedono la Corte comportarsi sempre di più come un “legislatore orientato al futuro e all’interesse generale piuttosto che un giudice attento al passato e al caso individuale⁷”. Il tema delle sentenze pilota è strettamente collegato alla dottrina del margine di apprezzamento e al tema della sussidiarietà tra giustizia paneuropea e sistemi giurisdizionali nazionali. In effetti, tutte queste dimensioni evidenziano il medesimo problema della natura complessa del rapporto tra Corte ed il Comitato dei ministri, ovvero tra Corte e Stati parti, se non tra Corte e poteri diversi degli Stati parti. Un’analisi del funzionamento e dell’impatto delle decisioni pilota rappresenta un test importante per valutare la principale ipotesi di analisi della nostra ricerca, ossia la valutazione del ruolo del Consiglio d’Europa nel controllo della governance. La trattazione in questo capitolo, ora da una prospettiva istituzionale, di tale tema completa la discussione sviluppata nella prima parte di questo lavoro e relativa all’effetto diretto” delle decisioni, vale a dire l’efficacia delle pronunce della Corte nei confronti dello Stato parte in causa. Infine, una ulteriore area con cui desideriamo valutare la costituzionalità del sistema CoE per i diritti umani, nell’ottica di una sussidiarietà funzionale che include anche il regime del diritto dell’Unione europea, è rappresentata dall’adesione dell’UE alla CEDU. Desideriamo tuttavia premettere alla discussione di questi tre aspetti, una breve ricostruzione delle posizioni dottrinali relative ad una lettura ‘convenzionale’ della CEDU e della Corte di Strasburgo.

1.2 Ricostruzione dottrinale del sistema CEDU da una prospettiva costituzionale

Se si è assistito recentemente ad un considerevole interessamento della dottrina alla verifica della vocazione ‘costituzionale’ della Corte di Strasburgo. Di tale discussione si sono recentemente appropriati anche gli organi politici dell’Organizzazione, i quali recentemente non hanno nascosto la preoccupazione che una simile equiparazione possa alimentare delle aspettative pubbliche circa un possibile sviluppo in senso federale del processo di integrazione

⁶ Si tratta di un’opinione condivisa dal Giudice Zagrebelski, V., l’opinione dissenziente nel caso *Hussen*. V. anche l’opinione dell’ex Presidente della Corte, Prof. Wildhaber, il quale osserva: “once a structural problem has been identified, if the governments are serious about raising the standards of human rights throughout Europe, then they must ensure that the Council of Europe is in a position to assist the State concerned to resolve it, in particular by providing expert advice, judicial or police training schemes or so”: V. id., “A Constitutional Future for the European Court of Human Rights?”, 23 *HRLJ* 2002, pag. 164.

⁷ Cfr. Hellen Keller and Stone Sweet (a cura di), *Concluding remarks*, in id. (a cura di), *Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford: OUP, pag. 703.

(pan)europea⁸. Il dibattito scientifico sull'equiparazione della CEDU ad una Corte costituzionale va fatto risalire alla fine degli anni '80, coinvolgendo in primo luogo costituzionalisti e cultori del diritto comunitario e successivamente internazionalisti⁹. Tale analisi è stata alimentata in particolare da prese di posizione della Corte, già citate, tese a definire la Convenzione «l'instrument constitutionnel de l'ordre public européen dans le domain des droits de l'homme»¹⁰, e tali posizioni sono state successivamente amplificate in interventi pubblici dei Presidenti della Corte e successivamente dalla dottrina¹¹.

In una prima fase, la dottrina ha impostato tale dibattito operando una comparazione materiale tra costituzioni nazionali e CEDU. In questo senso, alcuni studiosi hanno sì preso atto del fatto che il catalogo dei diritti sostanzialmente ampliato nel corso degli anni dalla giurisprudenza di Strasburgo comprenda le principali “figure costituzionali classiche” di diritti civili e di libertà, ma al tempo stesso sia silente rispetto a diritti economici, sociali e culturali, ad eccezione di alcune norme, come ad esempio la proibizione del lavoro forzato (articolo 11 CEDU).

Dalla nostra specifica prospettiva, non possiamo accedere a questo approccio per una pluralità di motivi. Anzitutto, l'assenza nel testo della Convenzione di riferimenti a diritti sociali è stata, come è noto, parzialmente superata dalla Corte attraverso un utilizzo espansivo di altre disposizioni presenti (ad esempio l'articolo 1 del primo Protocollo n° 1 sulla tutela della proprietà, che ha consentito di tutelare aspettative di prestazioni previdenziali o addirittura assistenziali, e l'articolo 14 sul divieto di discriminazioni). Ma, soprattutto, occorre sottolineare l'esistenza di uno strumento convenzionale complementare rispetto alla CEDU, la Carta sociale europea, la quale non solo sancisce in maniera dettagliata una serie di diritti nel campo sociale ed economico, ma istituisce al tempo stesso un complesso sistema di garanzia attraverso la

⁸ Si presta a questa lettura l'intervento del Segretario generale del Consiglio d'Europa alla conferenza di Interlaeken sulla riforma del sistema convenzionale, in cui egli sottolinea che: “In recent years, there has been undefined talk of the Court becoming a ‘Constitutional Court’. Although this has not yet led to any sort of agreement, let alone results, it has not been helpful. The Convention is not intended to be a ‘European constitution’ and it is difficult to see how the Court could become like any existing national constitutional court”, cit. in Alastair Mowbray, “The Interlaken Declaration: the Beginning of a New Era for the European Court of Human Rights?”, *HRLR* 2010.

⁹ Flauss causticamente parla di una prima fase dello scambio dottrinale in cui si ha la percezione che il tale dibattito costituisca “une sorte de campagne (d'intoxication?) des spécialistes des droits européen Jean-François Flauss, “La Cour européenne des droits de l'Homme est-elle une Cour constitutionnelle?”, *34 Revue française de droit constitutionnelle* 1998, pag. 714. V. anche Paul Mahoney, “New challenges for the European Court of Human Rights resulting from the expanding case load and membership”, *Penn State international law review* 2002; Rolv Rysdall, “On the road to a European Constitutional Court”, Winston Churchill Lecture on the Council of Europe, Firenze, 21 giugno 1991; Evert Alkema, “The European Convention as a constitution and its court as a constitutional court”, in Paul Mahoney et alii (a cura di), *Protecting Human Rights...*, cit., Louis Favoreu, *Les cours de Luxembourg et de Strasbourg ne sont pas des cours constitutionnelles*, in: id, *Au carrefour des droits – Melanges en l'honneur de Louis Dubois*, Paris: Dalloz, 2002.

¹⁰ Sentenza *Loizidou c. Turchia*, cit.

¹¹ Nelle parole di Frederic Sudre «véritable charte constitutionnelle de la Grande Europe»: in id., *L'Europe des droits de l'homme. L'Europe et le droit*, in *Droits*, n. 14, 1991, p. 105.

previsione del Comitato europeo dei diritti sociali¹². Quest'ultimo costituisce un organo collegiale avente il principale mandato di verifica del rispetto da parte degli stati degli obblighi previsti dalla Carta, attraverso una procedura di presentazione e discussione di rapporti periodici nazionali¹³. Uno specifico Protocollo alla Carta entrato in vigore nel 1998, istituisce una procedura di presentazione al Comitato dei reclami collettivi adducanti delle violazioni della Carta, sui cui il Comitato si esprime attraverso l'adozione di una decisione sul merito che viene trasmessa al Comitato dei Ministri e resa pubblica nell'arco di quattro mesi. Spetta alla discrezione politica del Comitato dei Ministri la decisione di esprimere delle raccomandazioni allo Stato al fine di adottare delle misure di carattere generale ed individuale atte a garantire il pieno rispetto della Carta. Al fine di valutare il grado di accoglimento di tali raccomandazioni, per ciascuno degli Stati parti, il sito internet del Consiglio d'Europa dedicato alla Carta sociale europea contiene una sezione denominata "Examples of progress achieved following conclusions or decisions of the European Committee of Social Rights"¹⁴.

La dottrina ha anche cercato di prendere in considerazione il "ruolo costituzionale" della CEDU cercando di rilevare la portata delle sue norme per il consolidamento delle democrazie costituzionali, segnalando in definitiva come l'unica disposizione contenuta nel testo convenzionale in questa specifica materia sia l'articolo 3 del primo Protocollo opzionale relativo all'organizzazione periodica di elezioni generali.

E' stata proposta una analisi delle similitudini tra Corte europea e corti costituzionali nazionali con rispetto a questioni quali il rapporto con organi legislativi o quasi-legislativi, le modalità per la candidatura e l'elezione dei giudici. Tale comparazione non porta tuttavia a considerare la Corte come un organo avente il compito di sindacare la costituzionalità degli atti del Consiglio d'Europa. La struttura istituzionale entro cui operano la Corte e le altre istituzioni per i diritti umani del Consiglio d'Europa non sono comparabili alla "forma di governo" che fa da contesto all'esercizio delle funzioni delle Corti costituzionali.

Una delle dimensioni maggiormente significative che ha riguardato il dibattito sulla riforma del sistema convenzionale CEDU a partire dal 2003 si incentra invece sulla pretesa opposizione circa il ruolo maggiormente appropriato della Corte di Strasburgo, il quale può

¹² Per l'attuale Presidente della Corte di Strasburgo, vi è una crescente consapevolezza, da parte degli Stati membri come delle istituzioni del Consiglio d'Europa, circa le potenzialità della Carta sociale per la promozione dei diritti economici e sociali secondo un approccio giuridico. Jean-Paul Costa osserva che: "State responsibility is at an embryonic stage, but it is under development, and it can be assumed that responsibility with regard to the Charter will develop in the years to come, which is certainly desirable considering the ever-increasing importance of economic and social rights, Responsibility for violations of human rights obligations: id, *European mechanisms*, in James Crawford et alii (a cura di), *The Law of International Responsibility*, Oxford:OUP, 2010.

¹³ Nel caso in cui il Comitato determini che una determinata situazione uno Stato parte non si sia conformato agli obblighi previsti dalla Carta, il Comitato può istruire il Comitato dei Ministri di raccomandare a questo Stato di modificare la situazione nel suo diritto interno o nella prassi.

¹⁴ Ad esempio, nel caso dell'Italia; v. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/CountryFactsheets/Italy_en.asp

essere compreso tra l'erogazione di una giustizia di tipo costituzionale ed una giustizia di tipo individuale. Per giustizia individuale, in senso stretto, si intende una concezione del ruolo della Corte per cui l'unico strumento attraverso cui essa può esplicare le sue funzioni attraverso sentenze su casi individuali, in linea con il dictum per cui "the primary purpose of the Convention system is to provide individual relief, while its mission is also to determine issues on public policy grounds in the common interest"¹⁵. Tuttavia, per giustizia individuale si può intendere anche quella concezione per cui l'obiettivo della Corte deve essere quello di garantire, in maniera sussidiaria rispetto al giudice nazionale, una sentenza individuale al ricorrente a cui venga riconosciuto di avere subito una violazione dei diritti garantiti dalla CEDU, a prescindere da ogni considerazione relativa alla concessione di forme di riparazione e dell'impatto che tale sentenza può o meno avere nell'ordinamento nazionale. Per giustizia costituzionale si intende invece una concezione secondo cui la Corte dovrebbe privilegiare nel suo lavoro l'identificazione, analisi e condanna delle violazioni di carattere sistematico, oppure la soluzione di problemi interpretativi significativi relativi alla CEDU. Tali obiettivi verrebbero promossi attraverso la decisione di sentenze relative a casi individuali, le quali tuttavia dovrebbero essere considerate, secondo Wildhaber, come "the magnifying glass which reveals the imperfections in national legal systems, [...] the thermometer which tests the democratic temperature"¹⁶. E' in relazione a tale discussione, mossa verosimilmente da esigenze pratiche di cercare di limitare il carico di giudizi pendenti, che la Corte ha sviluppato la prassi delle decisioni pilota, che sarà meglio presa in considerazione nel proseguimento del capitolo. Occorre tuttavia anteporre alcuni elementi ulteriori circa l'evoluzione della prassi della giurisprudenza di Strasburgo in tema di misure rimediali e, in maniera indiretta, di esecuzione delle sentenze.

1.3. Evoluzione della prassi in materia di indicazione di misure di carattere generale

La Corte ha la capacità di emettere delle sentenze definitive, nel caso in cui siano adottate dalla Grande Camera, o che diventano tali tre mesi dopo la loro pronuncia da parte di una sezione. Una volta che la Corte ha constatato una violazione, lo Stato è investito dell'obbligo di cessare immediatamente la violazione e, nella misura del possibile, eliminarne le conseguenze lesive in relazione al caso specifico¹⁷. A norma dell'articolo 46 comma 1 della CEDU, "le Alte

¹⁵ Cfr. *Karner c. Austria*, cit., par. 24.

¹⁶ Wildhaber conclude che: "ultimately, the real measure of the effectiveness of the Convention system is not the quantity of judgments and decisions rendered every year, but the degree to which the Court is able to fulfil the role given to it under the Convention, namely to ensure the observance by the State parties of the obligations they have contracted under the Convention system, defence of the general interest is not given the importance it deserves": cfr. id, "A Constitutional Future...", cit., pag 163.

¹⁷ E' importante tuttavia sottolineare che la natura "individuale" delle decisioni della Corte va bilanciata con riguardo

Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie delle quali sono parti”. Il comma successivo attribuisce al Comitato dei Ministri un ruolo di vigilanza sulla esecuzione di tali sentenze, purché definitive¹⁸. In base all’articolo 41 della CEDU, tuttavia se la Corte “dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi protocolli e se il diritto interno dell’Alta Parte contraente non permette che in modo incompleto di riparare le conseguenze di tale violazione, [essa] accorda, quando è il caso, un’equa soddisfazione alla parte lesa”.

Senza voler duplicare la precedente trattazione relativa alla prassi in materia di riparazione, e alle differenze con il sistema inter-americano di cui ci occuperemo in seguito¹⁹, vogliamo tuttavia ricordare che la Corte, nella sua giurisprudenza costante sino ai primi anni del 2000, non ritenesse opportuno indicare allo Stato condannato le misure da adottarsi al fine di rimuovere le conseguenze lesive della violazione, in considerazione anche della oggettiva difficoltà di incidere direttamente nell’ordinamento dello Stato convenuto, lasciando invece allo Stato l’individuazione dei mezzi più opportuni. In base alla giurisprudenza consolidata della Corte, la valutazione della Corte non avrebbe potuto in alcun caso trasformarsi in un giudizio in astratto sulla legittimità convenzionale di un atto a portata generale, pur senza escludere che determinate sentenze possano andare oltre il caso concreto, rifiutandosi tuttavia di ricostruire obblighi di carattere generale derivanti dalla Convenzione²⁰.

Anche se la pronuncia di sentenze su casi individuali costituisce spesso un incentivo sufficiente per l’amministrazione di provvedere spontaneamente a modifiche di carattere legislativo più ampio, di fatto, decisioni della Corte in specifici casi individuali hanno determinato riforme strutturali negli Stati parti²¹. La stessa Corte ha anzi osservato che le sue sentenze possono esercitare un’influenza – come ‘cosa interpretata’ non solo nei confronti dello

all’articolo 37 della CEDU, il quale prevede che anche in caso di soluzione amichevole, la Corte prosegua l’esame del ricorso se lo richiede il rispetto oggettivo dei diritti dell’uomo garantiti dalla Convenzione.

¹⁸ V. Andrei Drzemczewski, *Articolo 46*, in Sergio Bartole, Benedetto Conforti, Guido Raimondi, *Commentario alla CEDU*, Padova: CEDAM, 2001, pagg. 685ss.

¹⁹ La posizione è confermata dal Comitato dei ministri nella risoluzione relativa a *Partito socialista et alii c. Turchia*, DH (99) 245.

²⁰ In *Irlanda c. Regno Unito, cit.*, la Corte indicava che ciascuna sentenza serve anche a “lucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention”. In questo senso, nel già citato caso *Marckx*, la Corte decise che la legislazione belga non fosse in linea con lo spirito dell’articolo 8 della CEDU, sottolineando che “Admittedly, it is inevitable that the Court’s decision will have effects extending beyond the confines of this particular case, especially since the violations found stem directly from the contested provisions and not from individual measures of implementation. V. Pasquale Pirrone, *L’obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo*, Milano: Giuffrè, 2004, pag. 70ss. V. anche Dinah Shelton, “The Boundaries of Human Rights Jurisdiction in Europe”, 15 *Duke Journal of Comparative and International Law* 2005, pag. 95.

²¹ Ad esempio, successivamente alla sentenza nel caso *Inçal c. Turchia*, in cui la Corte ha stabilito che la composizione dei tribunali di sicurezza turchi fosse contrario rispetto all’articolo 6(1), la Turchia ha modificato la Costituzione: sentenza della Grande camera del ricorso n° 22678/93, ECHR Reports 1998-IV: per un commento, v. anche Lech Garlicki, *Broniowski and Afiar: On the Dual Nature of ‘Pilot Judgments*, in Luzius Caflish et alii (a cura di), *Liber amicorum Luzius Wildhaber: Human rights- Strasbourg views*, Kehl: Engel, 2007, pag.177.

Stato condannato ma anche sugli ordinamenti di tutti gli Stati del Consiglio d'Europa²².

Da parte sua, il Comitato dei ministri, ha progressivamente interpretato la sua funzione di sorveglianza dell'esecuzione delle sentenze in senso ampio, instaurando una prassi complessa, per cui, attraverso risoluzioni di carattere raccomandatorio – spesso qualificate come “provvisorie ed urgenti” – ha ritenuto di poter indicare allo Stato condannato l'esigenza di assumere misure di carattere specifico come anche di carattere generale. Queste ultime possono comprendere modifiche legislative, così come diversi tipi di misure di carattere amministrativo, incluse circolari ministeriali e mutamenti di giurisprudenza²³. La prassi relativa alla elaborazione di raccomandazioni contenenti misure di carattere generale è stata ulteriormente istituzionalizzata nel 2001, quando il Comitato dei Ministri ha adottato nuove Regole per l'applicazione dell'articolo 46, paragrafo 2, della CEDU²⁴.

Progressivamente, la Corte ha indicato con sempre maggiore precisione agli Stati condannati le misure rimediali da intraprendere. A partire dalla sentenza della Grande Camera 26 ottobre 2000, nel caso *Kudla c. Polonia*, relativo alla violazione dell'articolo 6, sotto il profilo del diritto alla ragionevole durata del processo, la Corte ha sperimentato modelli di decisione nei quali si afferma che l'obbligo di prevenire ulteriori violazioni similari comporta la necessità non solo di rimuovere le cause della violazione ma anche di introdurre rimedi interni diretti a risarcire i danni conseguenti a violazioni già verificatesi e non emendabili con gli ordinari strumenti¹⁹. Successivamente, la Corte ha cominciato a suggerire che i mezzi utilizzati dallo Stato condannato per dare seguito alla sentenza devono essere compatibili con le conclusioni integrate nella sentenza stessa²⁵. L'indicazione di misure di carattere generale, nella giurisprudenza recente, infine, tendono a prescindere dalla constatazione di un problema di attuazione della Convenzione di carattere strutturale²⁶.

²² V. *Irlanda c. Regno Unito, cit.*, par. 154.

²³ Un esempio, può essere caratterizzato dalla risoluzione del 1997 Comitato dei ministri circa la durata dei procedimenti civili in Italia: misure complementari di carattere generale, documento DH 97 (336). A seguito della sentenza nel caso *Kokkinatis*, il Comitato ha chiesto ripetutamente alla Grecia la cessazione di procedimenti penali per proselitismo: v. risoluzione DH (97) 576.

²⁴ Per completezza dell'esposizione, occorre mettere in evidenza anche il ruolo del Segretario generale, il quale, in base all'articolo 52, può chiedere alle Parti di fornire informazioni circa l'esecuzione delle sentenze.

²⁵ In *Scozzari e Giunta c. Italia*, sentenza della Grande camera del 13 luglio 2000, ricorsi n° 39221/98 e 41963/98, par. 249.

²⁶ Sentenza del 18 dicembre 2007, *Surmeli c. Germania*, ricorso n°41153/06 e sentenza del 8 giugno 2006, *Dybeku c. Albania*, ricorso n° 75529/01.

1.4. Le “decisioni pilota”

Coerentemente con l’evoluzione della prassi in materia di misure di carattere generale, la Corte ha dato avvio ad una strategia di politica giudiziaria più o meno esplicitamente votata a contribuire alla riduzione del suo caseload. In primo luogo, la Corte ha sostenuto la soluzione amichevole di controversie tra ricorrenti e Stati convenuti, nella considerazione che lo Stato convenuto possa approfittare di tale circostanza per adottare misure atte a prevenire il reiterarsi di simili violazioni anche in futuro²⁷. In secondo luogo, la Corte ha iniziato la prassi delle decisioni pilota. Con tale espressione, oramai istituzionalmente accettata nell’ambito dei lavori della Corte, si indica il processo per cui la Corte individua problemi di natura sistematica o strutturale²⁸, e che pertanto costituiscono o possono potenzialmente costituire l’oggetto di una pluralità di ricorsi²⁹, e decide di emettere una sentenza su un caso solo, aggiornando al tempo stesso gli altri casi, integrando, eventualmente nel dispositivo della sentenza, una richiesta affinché lo Stato condannato adotti quelle misure idonee ad una soluzione strutturale del problema e preveda al livello nazionale alla riparazione degli altri ricorrenti.

A. Origine e concettualizzazione

L’origine delle sentenze pilota si deve fare risalire alla proposta formulata nel 2003 della stessa Corte dove, tra l’altro, si suggeriva fortemente agli organi politici del Consiglio d’Europa di promuovere una revisione del testo convenzionale al fine di prevedere espressamente una base giuridica per l’adozione di questo tipo di pronunce³⁰. Sebbene la proposta venisse rigettata, poiché secondo il Comitato dei ministri non si rendeva necessaria una base giuridica ad hoc al fine di avviare una simile procedura, il Comitato dei ministri adottava successivamente risoluzione in cui sollecitava la Corte di «identify in its judgments finding the violation of the Convention, what it considers to be an underlying systemic problem and the source of that problem, in particular when it is likely to give rise to numerous applications, so as to assist

²⁷ V. in proposito, H.C. Krüger, *Friendly settlements under the European Convention on Human Rights: a Survey*, in A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek, J. van der Velde (a cura di), *40 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens : opstellen over de ontwikkeling van het EVRM in Straatsburg en in Nederland 1950-1990*, Leiden : Stichting NJCM-Boekerij, 1990.

²⁸ La Corte, al par. 189 della sentenza Broniowski, ha esplicitato una serie di elementi utili al qualificare una violazione come strutturale, affermando che “i fatti di causa rivelano l’esistenza nell’ordinamento polacco di una manchevolezza, in conseguenza della quale un’intera categoria di persone si è vista, o tuttora si vede, privata del rispetto dei propri beni” e che “le lacune del diritti e della prassi interna rivelatasi nello specifico caso possono dar luogo in futuro a numerosi ricorsi fondati”.

²⁹ Gattini osserva come, per il momento, la Corte di Strasburgo si sia interessata nelle decisioni pilota piuttosto di situazioni che prevedano situazioni strutturali di violazione della Convenzione, piuttosto che di casi dovuti ad eventi eccezionali: v. Andrea Gattini, *Mass Claims at the European Court of Human Rights*, cit., pag. 289.

³⁰ V. Steering Committee for Human Rights, Interim Activity Report of 26 November 2003, doc. CDDH (2003)026 Addendum I Final, parr 20-21.

States in finding the appropriate solution and the Committee of Ministers in supervising the execution of judgments»³¹. Forte della legittimizzazione ricevuta attraverso tale risoluzione, pochi mesi più tardi, la Corte adottava una sentenza nel caso *Broniowski c. Polonia*, in cui indicava allo Stato parte in causa quali misure generali fossero necessarie perché esso potesse adempiere all'obbligo previsto dall'articolo 46 della Convenzione³². Dopo aver stabilito che la violazione in quel caso rilevante della Convenzione era stata originata da un “problema sistematico e strutturale” mai sanato dal legislatore, e preso atto del fatto che tale problema strutturale potesse coinvolgere sino a 80.000 persone, essa sospendeva i 167 ricorsi pendenti a Strasburgo sulla stessa questione, aggiornando la presa di una decisione al momento in cui “lo Stato rispondente non avesse assicurato, attraverso l'adozione di misure legali e di prassi amministrative, l'attuazione dei diritti fondamentali protetti dalla Convenzione (nel caso di specie il diritto di proprietà)”. In particolare nella decisione citata, i giudici di Strasburgo avevano occasione di specificare che “sebbene non spettasse in teoria alla Corte determinare quali fossero le misure da adottarsi da parte dello Stato membro coinvolto in giudizio, idonee a realizzare, da parte dello stesso Stato, gli obblighi impostigli dall'articolo 46 della Convenzione”, alla luce delle violazioni sistematiche che sono state identificate, “fosse indispensabile che la Polonia adottasse al più presto delle misure di carattere generale in grado di prendere in considerazione gli interessi delle molte persone coinvolte”. Inoltre, gli stessi giudici aggiungevano che “ciò che più conta è che tali misure siano una risposta effettiva alle patologie sistematiche rintracciate, in modo da evitare un sovraccarico del contenzioso con tutta una serie di ricorsi derivanti dalla stessa causa”, per concludere che “con l'obiettivo di assistere lo Stato contraente nell'adempimento dei suoi obblighi previsti dall'articolo 46, la Corte ha anche pensato di indicare la tipologia di misure che potrebbero essere adottate dallo Stato polacco al fine di mettere fine alla violazione sistematica prima identificata”³³. È da ritenersi che sia quindi in tale disposizione che la Corte rintraccia il fondamento giuridico del potere di individuare le misure generali che quest'ultimo è tenuto ad adottare per porre fine alla sua violazione della Convenzione, allo scopo di assistere lo Stato parte in causa.

Esempi di successivi di ricorso a decisioni pilota sono rappresentati dalle sentenze nei casi *Hutten-Czapska c. Polonia*³⁴, *Burdov (No 2) c. Russia*³⁵, *Olaru et alii c. Moldova*³⁶, *Yuriy Nikolayevich Ivanov c. Ucraina e Suljagic c. Bosnia e Erzegovina*³⁷. In altre sentenze, come

³¹ Risoluzione del Comitato dei Ministri Res (2004) 3, «sur les arrêts qui relevent un problème structurel sous-jacent».

³² V. sentenza 22 giugno 2004, ricorso n° 31443/96.

³³ Cfr. par 193.

³⁴ V. sentenza del 19 giugno 2006, ricorso n°35014/97.

³⁵ V. sentenza del 15 gennaio 2009, ricorso n°33509/04.

³⁶ V. sentenza del 28 luglio 2009, ricorsi n° 476/07, 22539/05, 17911/08 e 13136/07.

³⁷ Per un'analisi sintetica dei casi, v. Philip Leach et alii (a cura di), *Responding to Systematic Human Rights Violations – An Analysis of 'Pilot Judgements' of the ECHR and their impact at national level*, Antwerp: Intersentia, 2010.

*Lukenda c. Slovenia*³⁸, e *Xenides Arestis c. Turchia*³⁹, che vengono ormai definite come “quasi pilota”, pur facendo riferimento al tempo stesso a questioni sistematiche, in principio, in tali decisioni, la Corte si astiene dall’inserire nel dispositivo della sentenza le richieste di carattere generale⁴⁰. Ai fini della presente indagine, è particolarmente importante rilevare come la Corte, nel ricorrere allo strumento delle decisioni pilota, indichi delle misure di carattere generale via via più precise, determinando di fatto una restrizione della libertà di scelta dello Stato in merito ai mezzi da utilizzare al fine di conformarsi alla sentenza⁴¹. Se, nella maggior parte dei casi, la Corte richiede allo Stato di adottare “appropriate legal measures and administrative practices⁴²”, “appropriate legal and/or other measures⁴³”, la Corte può indicare in maniera assai più dettagliata le misure rimediali: “to secure implementation of the property right in question in respect of the remaining Bug River claimants or provide them with equivalent redress in lieu⁴⁴”, “to secure in its domestic legal order a mechanism maintaining a fair balance between the interests of landlords and the general interest of the community, in accordance with the standards of protection of property rights under the Convention⁴⁵”, “in order to secure appropriate conditions of detentions on detained persons, in particular, adequate conditions and medical treatment for prisoners⁴⁶”. Il dispositivo della sentenza nel caso *Driza c. Albania* recita significativamente:

In order to assist the respondent State to comply with its obligations under Article 46, the Court has attempted to indicate the type of measures that the Albanian State could take in

³⁸ V. sentenza del 6 ottobre 2005, ricorso n°23032/02.

³⁹ V. sentenza del 22 dicembre 2005, ricorso n°46347, ricorso n°46347/99.

⁴⁰ A titolo esemplificativo, nel caso *Hutten-Czapska c. Polonia*, la Corte ha deciso:

3. ...by 16 votes to 1 that the above violation had originated in a systemic problem connected with the malfunctioning of domestic legislation in that:

(a) it imposed, and continues to impose, restrictions on landlords’ rights, including defective provisions on the determination of rent;

(b) it did not and still does not provide for any procedure or mechanism enabling landlords to recover losses incurred in connection with property maintenance;

4. by 15 votes to 2 that, in order to put an end to the systemic violations identified in the present case, the respondent State must, through appropriate legal/or other measures, secure in its domestic legal order a mechanism maintaining a fair balance between the interests of landlords and the general interest of the community, in accordance with the standards of protection of property rights under the Convention.

Tuttavia, tali conclusioni vengono anticipate nella corpo della sentenza, nel momento in cui (par. 234), la Corte osserva che:

One of the relevant factors considered by the Court was the growing threat to the Convention system and the Court’s ability to handle its ever increasing caseload that resulted from large number of repetitive cases deriving from, among other things, the same structural or systemic problem. [...] Indeed, the pilot judgment procedure is primarily designed to assist the Contracting States in fulfilling their role in the Convention system by resolving such problems at national level, thereby securing to the persons concerned the Convention rights and freedoms as required by Article 1 of the Convention, offering to them more rapid redress and, at the same time, easing the burden on the Court which would otherwise have to take to judgement large numbers of applications similar in charge.

⁴¹ La Corte reitera questo principio, ad esempio, in *Slawomir Musial c. Polonia*, par. 62.

⁴² V. sentenza *Broniowski*, par 3 del dispositivo.

⁴³ V. sentenza *Hutten-Czapska*, par. 4 del dispositivo.

⁴⁴ V. sentenza *Broniowski*, par. 4 del dispositivo

⁴⁵ V. sentenza *Hutten-Czapska*, par. 4 del dispositivo.

⁴⁶ Cfr. sentenza *Slawomir*, par. 107.

order to put an end to the nature and cause of the breaches found in the present case. It considers that the respondent State should, above all, remove all obstacles to the award of compensation under the Property Act by ensuring that the appropriate statutory, administrative and budgetary measures are taken. These measures should include the adoption of the site plans for the property valuation in respect of those claimants who are entitled to receive compensation in kind and the designation of an adequate fund in respect of those claimants who are entitled to receive compensation in value, to enable all claimants with judgments in their favour awarding them compensation under the Property Act to obtain speedily the sums or land due. Such measures should be made available as a matter of urgency⁴⁷.

Infine, occorre mettere in evidenza come, in determinate situazioni, la sentenza pilota abbia di fatto legittimato l'adozione di successive sentenze relative alle medesime circostanze e in seguito ad una risoluzione del Comitato dei ministri⁴⁸, ossia in altri termini crei una giustificazione per l'organo politico del sistema convenzionale circa la prioritizzazione della discussione di una specifica situazione rispetto ad altre, e di dedicare ad esempio a tali casi una discussione pubblica, la quale può essere terminata da risoluzioni interinali che richiedono da parte dello Stato parte l'adozione di misure urgenti⁴⁹.

B. Critica

Dubbi a proposito della solidità della base giuridica su cui si basa l'inserimento di richieste in termini di misure generale nel dispositivo di una sentenza della Corte sono stati avanzati in un'opinione dissenziente del giudice Zagrebelsky alla sentenza nel caso *Hutten-Czapska c. Polonia*. Il giudice fa riferimento ad una lettura testuale dell'articolo 46, per cui le sentenze della Corte vincolano soltanto le parti intervenute in un procedimento, e gli argomenti esposti nella risoluzione (2004)3 del Comitato dei ministri debbano sì essere presi in considerazione dalla Corte, ma non possano in alcun modo assumere forza vincolante. Il giudice rileva che le sentenze della Corte abbiano un effetto 'erga omnes' nel momento in cui indicano una linea di principio agli Stati che dovrebbe essere presa in considerazione dal giudice interno. Tuttavia, secondo Zagrebelsky, occorre tenere distinto il ruolo della Corte rispetto al ruolo di esecuzione delle sentenze proprio del Comitato dei ministri, il quale deriva non solo dall'articolo 46 a rischio di "entering territory belonging specifically to the realm of politics and

⁴⁷ Cfr. sentenza del 13 novembre 2007, ricorso n° 33771/02, par. 2 del dispositivo.

⁴⁸ V. caso *Ivanov c. Bulgaria*, sentenza del 10 novembre 2008, ricorso n°53746/00.

⁴⁹ Il Comitato dei ministri può evidentemente indicare in maniera attiva delle misure generali anche a prescindere dall'esistenza di decisioni pilota. Ad esempio, tra il 2000 ed il 2007, la Corte avrebbe reso 44 sentenze nei confronti della Polonia sulla base della violazione dell'articolo 5 (3) della Convenzione, e riguardanti la durata eccessiva della custodia cautelare. Questo portò il Comitato dei ministri ad adottare una risoluzione che invita le autorità polacche "to continue to examine and adopt further measures to reduce the length of detention on remand, including possible legislative measures and the change of courts' practice in this respect, to be in line with the requirements set out in the Convention and in ECtHR's case law": cfr. risoluzione DH (2007) 75 del 6 giugno 2007.

that its indications go beyond its jurisdictional competence, which concerns the case between the applicant and the State”. Nello svolgere queste considerazioni, il giudice italiano sottolinea il fondamentale ruolo del Comitato dei ministri nell’indicare agli Stati misure di carattere generale, insistendo su una solida competenza in questo senso ricavabile da numerose norme nello Statuto del Consiglio d’Europa, e sottolineando la cooperazione con le altre istanze del Consiglio attive nel campo dei diritti umani⁵⁰.

Dalla nostra prospettiva, gli aspetti maggiormente problematici in relazione alla prassi delle decisioni pilota fanno riferimento al processo decisionale attraverso cui si selezionano i casi a cui potenzialmente ‘destinare’ una sentenza pilota, e si definiscono le modalità attraverso la Corte e il Comitato dei ministri monitorano il seguito dato dallo Stato convenuto, ‘entro un limite ragionevole di tempo’, in relazione ai casi aggiornati.

Una recente nota informativa della cancelleria osserva che: “it is not every category of repetitive case that will be suitable for a pilot judgment procedure, and not every pilot judgment will lead to an adjournment of cases, especially when the systemic problem touches on the most fundamental rights of the persons under the Convention⁵¹”. E’ noto che la Corte ha dato origine alla prassi di sondare la reazione degli Stati convenuti in relazione alla possibilità di pronunciare una decisione pilota attraverso un determinato caso⁵². Tali richieste ufficiali costituiscono l’oggetto di un dialogo approfondito tra funzionari dello Stato convenuto e rappresentanti della cancelleria nonché del segretariato del Comitato dei ministri giocano in tale processo, eventualmente attraverso l’organizzazione di apposite missioni e verosimilmente sulla base di informazioni provenienti da diverse componenti del sistema dei diritti umani del Consiglio d’Europa⁵³. Operando un’analisi comparativa delle decisioni pilota pronunciate ad oggi, e alla luce in particolare della decisione nel caso Broniowski, la quale – com’è noto – confermava di fatto una presa di posizione già formulata della Corte costituzionale polacca, la dottrina ha criticato l’utilizzo di considerazioni extra-giuridiche, in questo senso, la prospettiva

⁵⁰ Per un commento, v. Vladimiro Zagrebelsky, “Violazioni ‘strutturali’ e Convenzione europea dei diritti umani”, 3 *Diritti umani e diritto internazionale* 2007, pag. 9.

⁵¹ V. “The Pilot Judgment Procedure: information note issued by the Registry”, disponibile su http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/DF4E8456-77B3-4E67-8944-B908143A7E2C/0/Information_Note_on_the_PJP_for_Website.pdf. Per un commento, v. Lech Garlicki, *Broniowski and After: On the Dual Nature of Pilot Judgments*, in *Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, cit.

⁵² In relazione al caso *Bekoyeva c. Georgia*, la Corte si rivolgeva allo Stato convenuto nei seguenti termini: “In view of the nature of the situation which gave rise to the present case and given that more than 3300 applications having the same situations for their background were lodged with the Court, is the present application suitable for the ‘pilot judgment’ procedure? The parties are invited to make their comments in the light of the Court’s case-law”: cfr. ricorso n° 48347/08. Similmente, in *Sinead O’Donoghue c. Regno Unito*, la Corte chiede alle parti: “Do the facts in the present application disclose the existence of a structural problem on account of deficiencies in the impugned national law, which lay give rise to numerous similar applications? If so, is the present case suitable for the pilot judgment procedure?”: ricorso n°34848/07.

⁵³ V. Paul Mahoney, “Separation of Powers in the Council of Europe: the status of the ECHR vis-à-vis other authorities of the Council of Europe”, 24 *HRLJ* 2003

che il Governo effettivamente assicuri un buon grado di cooperazione nell'attuazione della decisione pilota. Sadurski ha stigmatizzato che le decisioni pilota verosimilmente saranno preferite in casi in cui la situazione è abbastanza grave da meritare da parte della Corte la constatazione di un problema strutturale, ma non tanto gravi da rendere inverosimili o impraticabili azioni di seguito a livello legislativo o amministrativo da parte degli Stati membri⁵⁴.

C. Le decisioni pilota come test della natura costituzionale della giustizia di Strasburgo

Alla luce degli sviluppi appena descritti, la missione della Corte sta evolvendo rispetto al ruolo di guardiano degli standard minimi sui diritti fondamentali in Europa incaricato della verifica di semplice compatibilità dell'esercizio della governance con il dettato convenzionale in un attore para-costituzionale incaricato dell'esercizio di controllo della conformità del contegno statale con la CEDU. Tale evoluzione è possibile grazie al fatto che, nel momento di definire il contenuto e l'ambito di applicazione della Convenzione, la Corte prenderà in considerazione lo stato della legislazione e della relativa prassi nello Stato parte. In caso di individuazione dell'emergere di una uniforme applicazione di standard superiori relativi alla tutela dei diritti umani, la Corte può valutare di consolidare tali standard per tutti gli Stati parti, eventualmente adattando i suoi giudizi alle situazioni concrete attraverso un uso accorto del margine di apprezzamento.

A conferma della portata 'costituzionale' delle innovazioni introdotte dalle decisioni pilota, desideriamo prendere in considerazione la questione del come tale prassi influenzi sostanzialmente la dottrina del margine di apprezzamento⁵⁵. È stato osservato che "the question whether international courts should embrace non-intrusive standards of review, under a 'margin of appreciation type' decision-making methodology, is also linked to contemporary discussions on the subsidiary nature of international law – i.e., whether international law should embrace a centralized or decentralized vision of organization⁵⁶". È anzitutto evidente che, in termini generali, con il consolidarsi della prassi delle decisioni pilota, si manifesti una riduzione del margine di apprezzamento a danno degli Stati parti, nel momento in cui si riconosce la legittimità per la Corte di indicare precisamente quelle misure nazionali che gli Stati devono

⁵⁴ V. Wojciech Sadurski, 'Partnering with Strasbourg: Constitutionalization of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and Eastern European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments', *Sydney Law School Legal Studies Research Paper* No. 08/135.

⁵⁵ Sul margine di apprezzamento, in generale, v. Rosario Sapienza, "Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo", 74 *RDI* 1991, pag. 571 e Jeroen Schokkenbroek, "The basis, nature and application of the Margin-of-Appreciation doctrine in the case law of the ECHR", 19 *HRLR* 1998.

⁵⁶ Cfr. Yuval Shany, "Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?", 16 *EJIL* 2005, pag. 907.

assumere in sede di esecuzione della decisione stessa, al fine di adempiere a tale obbligo. Tuttavia, occorre prendere in considerazione un'altra dimensione, che attiene al margine di apprezzamento come metodo attraverso cui la Corte interagisce in maniera dinamica con lo Stato parte. In passato, si era istituito un parallelismo tra la posizione della Corte di Strasburgo e quella delle corti costituzionali con specifico riferimento alla possibilità di assimilare la dottrina del margine di apprezzamento allo strumento del giudizio di ragionevolezza⁵⁷. Abbiamo osservato sopra come, sin dalle sue primissime applicazioni, la dottrina del margine di apprezzamento si configuri come lo strumento con cui la Corte traccia il confine verticale tra la propria competenza e quella riservata agli Stati, in una logica di bilanciamento tra esigenze di uniformità applicativa e di rispetto delle diversità nazionali. Tale dottrina si è prestata anche ad un utilizzo più articolato secondo logiche di divisione 'orizzontale' del potere, e di bilanciamento tra esigenze di 'rigidità giuridica' e 'flessibilità politica' che implicano un dialogo tra la Corte e poteri diversi di un'amministrazione statale. Se, tuttavia, nel caso del margine di apprezzamento tale dialogo serviva a bilanciare la logica di self restraint/judicial activism, le decisioni pilota, se non addirittura il mero processo che porta alla loro pronuncia, costituisce un potente strumento per la Corte, e in termini più ampi per il sistema convenzionale (cancelleria, Comitato dei ministri, Commissario per i diritti umani), per interagire con i poteri delle Parti contraenti e per stabilire una strategia relativa alla soluzione di una questione complessa di promozione della CEDU utilizzando in maniera complementare diversi istituti, tra cui la promozione di una soluzione amichevole, l'indicazione di misure generali ed il conseguente aggiornamento dei casi simili pendenti, raccomandazioni del Comitato dei ministri. Ciò sarebbe stato evidente nel caso Broniowski, il quale ha visto la promozione di un dialogo a distanza tanto con la Corte costituzionale e con forze parlamentari della Polonia. Secondo una prospettiva interna alla cancelleria, i casi pilota servono a legittimare una scelta del Comitato dei ministri di dare particolare seguito ad una determinata situazione, come alla cancelleria di intavolare un dialogo sull'entità di tali violazioni strutturali⁵⁸.

Alla luce di queste considerazioni, ci sembra di poter sostenere che le decisioni pilota implicano un'evoluzione radicale del ruolo della Corte, che non viene colta appieno dal dibattito "giustizia individuale c. giustizia costituzionale". Al fine di enfatizzare le complesse dinamiche transnazionali che caratterizzano l'evolversi del sistema CEDU e che solo parzialmente vengono catturate nel concetto di sussidiarietà⁵⁹, la dottrina recente si sforza di

⁵⁷ V. Pietro Milazzo e Filippo Donati, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Paolo Falzea et alii (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino: Giappichelli, 2003, pagg. 111-112.

⁵⁸ V. Agnieszka Szklanna, *The Impact of the Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights on the Execution of Its Judgments*, in Manfred Nowak and Wolfgang Benedek (a cura di), *European Yearbook on Human Rights*, cit.

⁵⁹ V. Christian Tomuschat, *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications*, in Rüdiger Wolfrum e Ulrike Deutsch (a cura di), *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible*

trovare alternative concettuali, anche se tuttora confuse, quale quella di “diffuse embeddedness⁶⁰”. Tale dinamica è implicitamente riconosciuta da Gattini, il quale ritiene che la gestione dei casi da parte della Corte attraverso le decisioni pilota, corrisponde, di fatto, ad un’alternativa rispetto a procedure specifiche per la tutela collettiva di diritti individuali, quali le class actions, rispetto alle quali, peraltro, “the present solution possesses also the undeniable advantage that it encourages the respondent state to find its own way to durably redress the situation, therefore giving full expression to the principle of subsidiarity⁶¹”.

Sebbene alcuni sottolineino come tale evoluzione del ruolo della Corte sia indipendente rispetto alla questione della sostenibilità del carico dei giudizi pendenti⁶², riteniamo che l’allargamento ad Est del Consiglio d’Europa abbia rappresentato una causa determinante per un ripensamento complessivo del sistema CEDU⁶³. Dalla nostra prospettiva, riteniamo che la previsione di una ulteriore riforma della procedura di ammissibilità delle istanze, la quale garantisca un maggiore potere discrezionale alla Corte, o ad un organismo da essa delegato, contribuirebbe al rafforzamento del sistema convenzionale, a patto di garantire la trasparenza del processo di accoglibilità dei ricorsi. Tuttavia, una simile misura dovrebbe essere bilanciata con la previsione di strumenti atti a responsabilizzare maggiormente le Parti contraenti rispetto agli obblighi di attuazione al livello nazionale della CEDU, compreso le questioni di giustiziabilità di tali diritti. Tra le proposte espresse in questo senso vi sono la previsione al livello nazionale di processi sistematici di analisi della conformità di nuove proposte legislative

Solutions, Sprinter, 2008.

⁶⁰ V. Laurence R Helfer, “Redesigning the European Court of Human Rights : Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime”, 19 *EJIL* 2008, pag. 125.

⁶¹ Secondo Gattini, “un uso sapiente di ricorsi collettivi e decisioni pilota assicurerebbe che la Corte eserciti uno stretto ed efficace controllo sull’esecuzione delle sentenze da parte degli Stati”. Ciò porta a Gattini a sottolineare come l’introduzione di una procedura specifica per l’introduzione di class-action, la quale non necessariamente comporterebbe modifiche convenzionali, sarebbe utile, in particolare al fine di garantire in maniera efficace il diritto alla giustizia di ciò che la Corte, in Broniowski, definisce “an identifiable class of citizens”: ibidem. Il riferimento è a Broniowski c. Polonia, cit., par. 189. Per Greer, “the Convention contains an ‘abstract constitution’ which seeks to structure the relationship between the various national and trans-national institutions and attempts to constrain the exercise of public power within a framework of, what are effectively, constitutional rights: Steven Greer, *The ECHR: Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge: CUP, 2006, pag. 172.

⁶² Il giudice Zupancic, in un’opinione separata nel caso Hutten non accetta che le decisioni pilota si giustifichino meramente come espedienti al fine di garantire una riduzione del numero di casi da processare. Secondo Zupancic, ci sarebbe diretta continuità tra le decisioni pilota e le sentenze in *Scozzari e Giunta e Assanidze*, nelle quali si riconobbe inizialmente che l’equa soddisfazione pecuniaria, in determinate situazioni, non costituisce l’unico rimedio. Non sarebbe pertanto necessario giustificare la nuova dottrina delle decisioni pilota addirittura facendo ricorso ad una risoluzione del Consiglio dei ministri, la quale – nelle parole della Corte – “has to be seen in the context of the growth of the Court’s caseload, particularly as a result of series of cases deriving from the same structural or systemic cause”.

⁶³ E’ interessante segnalare l’intuizione nel 1978 del giudice Martens, in un’opinione dissenziente nel caso *Brannigan*, il quale discutendo dell’evoluzione della dottrina del margine di apprezzamento, osserva che: “la situazione all’interno del Consiglio d’Europa è cambiata drammaticamente, poiché la posizione che a quella data la Corte prendeva circa l’ampiezza del margine di apprezzamento da riconoscere agli Stati membri è stata probabilmente influenzata dalla convinzione che la maggioranza degli allora Stati membri del Consiglio d’Europa fossero costituiti da ordinamenti da lungo tempo caratterizzati da forti basi democratiche, in cui, in particolare, vi era piena e consolidata consapevolezza del diritto individuale alla libertà e del connesso rischio di attribuire all’esecutivo un eccessivo potere di restringere tali diritti”; ma, «[a] far data dall’adesione al Consiglio d’Europa dei Paesi dell’Europa centro-orientale, tale convinzione è sprovvista di qualsiasi fondamento: sentenza 26 maggio 1993, *Brannigan e McBride c. Regno Unito*, par. 43.

con il dettato convenzionale, e la facoltà per le corti costituzionali nazionali di richiedere alla Corte di Strasburgo pareri consultivi⁶⁴.

1.5 In merito all'adesione dell'Unione europea alla CEDU

Infine, come esempio di sviluppo costituzionale, desideriamo prendere in considerazione la questione dell'adesione alla CEDU di un'organizzazione regionale, di cui tutti Stati membri sono già Parti contraenti, ossia dell'Unione europea. Al di là di riferimenti retorici circa la natura, o portata, costituzionale, di tale adesione⁶⁵, questa discussione completa la trattazione precedente in relazione alla questione della responsabilità delle organizzazioni internazionali, la quale si chiudeva con un riferimento alla partecipazione da parte di organizzazioni inter-governative a trattati sui diritti umani come una strategia utile al fine di chiarire gli obblighi delle medesime, in quanto soggetti autonomi di diritto internazionale, in materia di diritti umani. Al fine di introdurre il capitolo, occorre sottolineare che l'Unione europea costituisce l'esempio maggiormente significativo di intensificazione dell'azione e cooperazione inter-governativa, e in quanto tale solleva una serie di questioni relative alla continuità nell'esecuzione degli obblighi in materia di diritti umani assunti individualmente dagli Stati membri⁶⁶. La Corte di giustizia delle Comunità europee, ora Corte di giustizia dell'UE, ha progressivamente indicato nei diritti umani una condizione per la legalità del diritto dell'UE⁶⁷. Per "diritti umani" applicabili la Corte intende qui quelle norme riconosciute come principi generali di diritto dell'UE, i quali sono ricavati dagli obblighi internazionali cui gli Stati membri sono parti, ed in primo luogo la Convenzione europea sui diritti umani⁶⁸ e le tradizioni costituzionali degli Stati membri⁶⁹. Un discorso più complesso concerne i trattati internazionali sui diritti umani promossi

⁶⁴ V. in questo senso la raccomandazione Rec(2000)2 del Comitato dei ministri.

⁶⁵ V. intervento di Viviane Reding, vice-Presidente della Commissione europea, 7 luglio 2010, di fronte al Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa. er un'analisi generale del dibattito circa l'adesione dell'UE alla CEDU, il quale si protrae ormai da decenni, v. Armin von Bogdandy, "Comunità di diritti fondamentali come meta dell'integrazione? I diritti fondamentali e la natura dell'Unione europea", 3 *Diritto pubblico* 2001, pag. 849.

⁶⁶ Infine, la Commissione europea ha dichiarato di voler promuovere una valutazione dell'impatto sui diritti umani di ogni nuova iniziativa legislative, nonché la coerenza rispetto alla Carta dei diritti fondamentali beneficiando anche dell'assistenza dell'Agenzia dei diritti fondamentali: European Commission, 'Report on the Practical Operation of the Methodology for a Systematic and Rigorous Monitoring of Compliance with the Charter of Fundamental Rights'. COM(2009) 205, 29 aprile 2009.

⁶⁷ Una dichiarazione di principio è rappresentata dal caso *Omega*: 'the Community legal order undeniably strives to ensure respect for human dignity as a general principle of law. There can therefore be no doubt that the objective of protecting human dignity is compatible with Community law': cqso C-36/02 *Omega* [2004] ECR I-9609, par. 34

⁶⁸ Per una discussione, v. in particolare Olivier de Schutter, 'L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de justice des Communautés européennes', in Gerard Cohen-Jonathan e Jean-François Flauss (a cura di), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit., pag. 189.

⁶⁹ V., ad esempio: C-29/69 *Stauder v Ulm* [1969] ECR 4119; C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft v Einfuhr - und Vorratsstelle Getreide* [1970] ECR 1125; C-4/73 *Nold v Commission* [1974] ECR 491; Case 36/75 *Rutili v Minister for the Interior* [1975] ECR 1219; Case 44/79 *Hauer v Land Rheinland-Pfalz* [1979] ECR 3727; Case 5/88 *Wachauf v Germany* [1989] ECR 2609; Case C-13/94 *P v S and Cornwall CC* [1996] ECR I-2143; Case C-36/02 *Omega* [2004] ECR I-9609.

nell'ambito delle Nazioni unite⁷⁰. Quanto a questi ultimi, la giurisprudenza, utilizzata già dalla sentenza *Nold* ha fatto ricorso all'espressione di 'international instruments for the protection of human rights on which the Member States have collaborated or to which they are signatories'⁷¹. Di fatto, nel ricostruire l'esistenza di principi generali dell'UE in materia di diritti fondamentali, la Corte di giustizia ha fatto riferimento, in via principale, alla sola CEDU⁷². Recentemente, la riunione dei Presidenti dei comitati delle Nazioni unite di monitoraggio delle principali convenzioni sui diritti umani, ha sollevato la questione della verifica della compatibilità dell'azione dell'UE in aree di competenza esclusiva, con riferimento al rispetto degli obblighi assunti dai singoli Stati membri⁷³. Il rapporto della riunione sottolinea che: "Discussions evolved around two main themes: the applicability of the United Nations human rights treaties to European Union (EU) action and its consequences for EU policy-making, legislation and practical work, and the role of the European Union in promoting implementation and follow-up to the recommendations of United Nations Treaty Bodies". Il problema è che l'UE, in quanto tale, non è per il momento parte di nessun trattato in materia di diritti umani. Questo si giustifica sia con riferimento alla mancanza di disposizioni specifiche all'interno dei trattati stessi, le quali permettano ad un'organizzazione inter-governativa di divenire parti, sia rispetto alla mancanza di una solida competenza interna all'UE al fine di essere autorizzata dai suoi Stati membri a concludere tali trattati⁷⁴.

Il trattato di Lisbona prevede innovazioni importanti circa la portata degli obblighi dell'UE in materia di promozione e protezione dei diritti umani. Anzitutto, il Trattato conferisce forza vincolante alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE. In secondo luogo, in base all'articolo 6 (2) del TUE, come modificato dal Trattato di Lisbona, ed al Protocollo 8, l'Unione europea aderirà alla CEDU, sulla base della specifica autorizzazione prevista all'articolo 17 del Protocollo 14 alla CEDU. Si rende tuttavia necessaria la negoziazione di un trattato di adesione che introduca delle clausole specifiche che emendino la Convenzione, al fine di regolare principalmente le condizioni di ammissibilità di ricorsi contro l'Unione europea e uno o più Stati membri, nonché di introdurre quelle norme che adattino la Convenzione al caso specifico dell'Unione - come ad esempio la definizione di cittadino in caso di ricorsi contro l'UE.

⁷⁰ V. Sentenza C-540/03 *Parliament v Council* [2006] ECR I-5769.

⁷¹ V. Sentenza 4/73 *Nold KG v Commission* [1974] ECR 491. L'espressione si ritiene comprenda i principali trattati delle Nazioni unite sui diritti umani, ma anche la Convenzione sui diritti delle persone disabili, ma forse non la Convenzione sulle sparizioni forzate (firmata da solo 20 Stati membri), e non la Convenzione sui diritti dei lavoratori migranti (la quale, ad oggi, non è stata firmata da nessuno Stato membro).

⁷² Sebbene un caso recente in cui la Corte di Lussemburgo faccia riferimento alla Convenzione delle Nazioni unite sui diritti dei bambini sia rappresentata dalla sentenza nel caso C-540/03 *Parliament v Council* [2006] ECR I-5769, par. 37.

⁷³ Tale discussione è stata affrontata nel corso della 22a riunione di coordinamento dei chairperson dei Treaty Bodies, svoltasi per la prima volta extra moenia, e precisamente a Bruxelles, il 30 giugno e 1° luglio 2010. V. documento delle Nazioni unite A/65/190 del 6 agosto 2010. Per una discussione, v. Jesus Butler e Olivier de Schutter, 'Binding the EU to International Human Rights Law', *Yearbook of European Law* 2009, pag.277.

⁷⁴ V. parere 2/94 *Accession of the European Community to the European Convention for the Safeguard of Human Rights and Fundamental Freedoms* [1996] ECR I-1759.

Numerosi sono i profili tuttora oggetto di discussione nell'ambito di un apposito comitato congiunto UE/Consiglio d'Europa. Ad esempio, vi è la questione dell'esaurimento dei ricorsi interni nello specifico spazio giuridico dell'UE, alla luce del fatto che violazioni relative a determinati provvedimenti nazionali in attuazione di legislazione comunitaria potrebbero essere attribuiti all'UE, senza tuttavia che la Corte di giustizia abbia avuto l'occasione di esprimersi in proposito. Su un piano istituzionale, si pongono problemi relativi alla possibilità per l'Unione europea, in quanto Parte della CEDU, di esprimere un giudice in seno alla Corte di Strasburgo, e pertanto la possibilità che l'Unione, nello specifico il Parlamento europeo, designi una delegazione di parlamentari che partecipino alla elezione dei giudici. Una questione ancora più complessa è rappresentata dalla partecipazione dell'Unione europea ai lavori del Comitato dei ministri del CoE in sede di esecuzione delle sentenze della Corte. A questo proposito, si può ipotizzare l'ammissione di rappresentanti dell'Unione come osservatori al Comitato dei ministri in questa fase dei lavori, oppure una modifica dell'articolo 46 (2) della Convenzione al fine di permettere la partecipazione di un rappresentante dell'Unione, con diritto di voto.

Tuttavia, la questione principale che occorre considerare dalla prospettiva della nostra indagine riguarda la divisione delle competenze interne all'Unione. In base all'articolo 6 (2) TUE, al quale corrisponde l'articolo 51 (2) della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, l'Unione non potrà assumere nuove competenze attraverso l'adesione alla Convenzione. Una questione tuttora irrisolta nel contesto decisionale europeo è costituita dal come rendere esplicito agli Stati terzi l'assenza di ogni implicazione circa la divisione delle competenze tra Unione e Stati membri per il fatto dell'adesione alla CEDU. Il trattato di adesione potrebbe includere una clausola in base a cui l'Unione aderisce alla CEDU soltanto entro i limiti delle sue competenze, le quali potrebbero essere esplicitate in una apposita dichiarazione allegata all'atto di adesione, confermando la stessa scelta per cui si è optato nel caso della negoziazione della decisione del Consiglio dell'UE relativa all'autorizzazione all'UE a concludere la Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone disabili. Tale soluzione è orientata ad evitare che in sede di attribuzione di una specifica responsabilità per violazione di un obbligo convenzionale vi siano interferenze da parte di soggetti altri rispetto alle istituzioni comunitarie e gli Stati membri, e che tale attribuzione sia operata in base al diritto dell'UE applicabile. Da una prospettiva di regime della responsabilità internazionale, una simile situazione evidenzia ancora il problema del ruolo delle norme dell'organizzazione quali norme che possano essere eventualmente invocate da parti terze. L'Unione europea tende a sostenere che in forza del Protocollo 14 per cui l'UE in quanto tale può essere parte del trattato, uno Stato terzo all'UE parte della CEDU debba anche accettare che l'UE determini in maniera unilaterale la divisione delle responsabilità in caso di violazione della Convenzione rispetto alle sue norme di funzionamento interno. Una dichiarazione di competenze allegata al trattato costituisce uno strumento utile al fine di agevolare i ricorrenti nella formulazione delle loro istanze nei confronti dell'UE e/o dei suoi Stati membri, ma può dare evidentemente conto dell'ambito

materiale delle competenze comunitarie solo in relazione ad uno specifico momento, ma. Rimane inoltre difficoltoso predire se un simile sistema possa adattarsi agevolmente a trattati sulla tutela dei diritti umani, i quali includono norme che difficilmente possono essere articolate in una serie di obblighi sinallagmatici⁷⁵.

In fase di negoziazione di un trattato di adesione della UE alla CEDU, l'UE dovrà discutere internamente le modalità concrete attraverso cui assicurare la promozione del principio/dovere di cooperazione tra istituzioni dell'UE ed i suoi Stati membri. Se un ricorso riguarda (più o meno indirettamente) la compatibilità di un atto legislativo UE con la Convenzione, od una violazione attribuibile direttamente alle istituzioni comunitarie, in principio esso sarà attribuito solo all'UE. Nel caso in cui il ricorso lamenti una violazione che abbia origine nella incorretta trasposizione o non applicazione di atti UE da parte degli Stati membri, occorrerà valutare la responsabilità internazionale dell'UE per non avere assicurato che lo Stato membro rispettasse i suoi obblighi in base al diritto UE. Possibili divergenze saranno decise dalla Corte di giustizia dell'UE. Il trattato di adesione dovrà garantire il rispetto dell'articolo 344 TEU, il quale vincola gli Stati membri a non avvalersi di nessun metodo di soluzione per l'interpretazione o una controversia relativa al Trattato altro rispetto a quelli previsti dal trattato stesso⁷⁶. Questo implicherebbe l'impossibilità di promuovere ricorsi interni all'UE in relazione a materie disciplinate dal diritto dell'UE. Tuttavia, tale situazione non esclude che un ricorso faccia riferimento alla violazione della CEDU da parte dell'UE e da parte di uno o più Stati membri; si ritiene che per tali situazioni il trattato di adesione dell'UE alla CEDU dovrà prevedere un meccanismo di co-difesa⁷⁷.

In base all'articolo 2 del Protocollo 8 al Trattato di Lisbona, l'adesione non deve modificare la situazione degli Stati membri in relazione alla CEDU, ed in particolare con riferimento ai protocolli facoltativi. L'Unione non è obbligata a seguire le stesse scelte degli

⁷⁵ La medesima considerazione viene sviluppata con riferimento alla partecipazione dell'UE alla Convenzione sui diritti delle persone disabili, v. Davide Zaru e Maria Zuber, "The EU as a Party of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Implications for the Coherence of Internal and External EU Human Rights Policies", in Manfred Nowak, W. Benedek, *European Yearbook of Human Rights* 2009.

⁷⁶ Inversamente, non riteniamo sussistano argomenti di diritto validi al fine di escludere che l'Unione europea possa essere abilitata alla presentazione di un ricorso nei confronti di uno o più Stati membri terzi rispetto all'UE per violazione della CEDU, ad esempio nel quadro della sua politica estera sui diritti umani. In linea di principio, la questione della possibilità per l'UE di presentare ricorsi inter-statali nei confronti di Stati terzi è vincolata al principio di cooperazione tra istituzioni e Stati membri.

⁷⁷ In precedenza, la Commissione europea richiese di intervenire come parte terza ex articolo 36 CEDU nei casi *Senator Lines*, *Bosphorus* and *Emesa Sugar* case, e tale richiesta venne sempre accettata. Inoltre, la Commissione europea è parte terza nel caso pendente *Artemi/Gregory*, ricorso n°35524/06, contro diversi Stati membri dell'UE. Una soluzione invece proposta da de Schutter consiste nell'accettare esplicitamente l'instaurazione di una responsabilità in solido tra Unione europea e Stati membri ogni qual volta la Corte riscontri una violazione in una disciplina coperta di competenza comunitaria. Per de Schutter, tale responsabilità prevederebbe che in ogni caso un ricorrente indirizzi una richiesta contro l'Unione o contro uno Stato membro: la difesa ha il diritto di domandare che la richiesta sia estesa all'insieme degli Stati membri e/o all'Unione europea, attraverso un meccanismo di intervento forzato; ogni altro Stato membro, avrebbe il diritto di domandare di essere associato alla causa, secondo un meccanismo di intervento volontario; la sentenza resa esplica i suoi effetti nei confronti di tutte le parti che hanno partecipato alla causa.

Stati membri in materia di partecipazione ai protocolli facoltativi. Se appare verosimile che l'Unione diventi parte dei protocolli a cui tutti gli Stati membri hanno aderito, in modo da non prevedere una regressione nella protezione convenzionale dei cittadini europei, l'Unione gode di discrezionalità politica circa la possibilità di diventare parte di ulteriori protocolli facoltativi. Al fine di supportare questa valutazione, l'UE potrà fare ricorso a due tipi di considerazioni. La prima consiste nell'analizzare quali norme sono incorporate nella Carta UE sui diritti fondamentali, come ad esempio l'articolo 4 del Protocollo 4, al quale fa riscontro l'articolo 19 della Carta. Una seconda tecnica consiste nel promuovere un'analisi di come la Corte di Lussemburgo abbia già sistematicamente integrato determinate norme sostanziali nelle sua giurisprudenza: questo, a titolo esemplificativo, è il caso dell'articolo 1 del primo Protocollo facoltativo⁷⁸ o l'articolo 4 del Protocollo 7⁷⁹. Ciò costituisce un efficace modo di rafforzare “il dialogo tra giudici” auspicato dagli Stati membri nella seconda dichiarazione 2 al Trattato di Lisbona⁸⁰. Inoltre, riteniamo che in principio la partecipazione dell'UE alla CEDU e ai suoi protocolli facoltativi possa prescindere dal tipo di riserve e dichiarazioni interpretative formulate singolarmente dagli Stati membri ai medesimi trattati. Non si può escludere che l'Unione possa considerare la formulazione autonoma di riserve o dichiarazioni interpretative nel momento di aderire alla CEDU, anche sulla base del precedente stabilito in sede di adesione dell'UE alla Convenzione sui diritti delle persone disabili. La decisione del Consiglio dell'UE prevede esplicitamente che l'Unione aderisce alla Convenzione ma “senza pregiudizio” rispetto all'articolo 27 (1), nel momento in cui la principale direttiva comunitaria relativa all'equo trattamento nel lavoro e nell'occupazione permette determinate forme di discriminazione delle persone disabili nelle forze armate⁸¹.

⁷⁸ Sentenza della Corte di giustizia 44/79 (*Hauer ./ Land Rheinland Pfalz*) ECR 1979, p. 3727; sentenza *Bosphorus, cit.*, ECR 1996 I-3963.

⁷⁹ Sentenza della Corte di giustizia, caso C-233/99 PP (*Limburgse Vinyl Maatschappij*), ECR 2002, I-8375, par. 59 (ne bis in idem).

⁸⁰ OJ 2007, C 306, p. 249.

⁸¹ Singolarmente, la riserva formulata dall'UE “autorizza” gli Stati membri dell'UE a formulare o a mantenere una simile riserva: “The European Community states that pursuant to Community law (notably Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation), the Member States may, if appropriate, enter their own reservations to Article 27(1) of the Disabilities Convention to the extent that Article 3(4) of the said Council Directive provides them with the right to exclude non-discrimination on the grounds of disability with respect to employment in the armed forces from the scope of the Directive. Therefore, the Community states that it concludes the Convention without prejudice to the above right, conferred on its Member States by virtue of Community law”: cfr. European Union, Council Decision 2010/48/EC concerning the conclusion, by the European Community, of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 26 November 2009, OJ L23 27.01.2010, 35.

2. Il sistema inter-americano per la tutela dei diritti umani

Il sistema per la tutela dei diritti umani al livello panamericano si integra nel mandato dell'Organizzazione degli Stati Americani (OSA), una organizzazione inter-governativa i cui obiettivi principali sono rappresentati dalla promozione della democrazia, dei diritti umani, della sicurezza e lo sviluppo⁸². La nona Conferenza degli Stati americani adottò nell'aprile del 1948, cioè ancor prima dell'adozione della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, la Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo. Sia la Corte che la Commissione inter-americana, il cui ruolo sarà immediatamente preso in considerazione, hanno ricostruito gli obblighi giuridici che discendono dalla Dichiarazione⁸³. Similmente a quanto avvenuto nell'ambito del sistema ONU, alla Dichiarazione ha fatto seguito uno strumento convenzionale, ossia la Convenzione americana sui diritti umani, nota anche come Patto di San José di Costa Rica ed entrata in vigore nel 1978. L'OSA ha completato la sua azione di standard-setting al livello regionale nel campo dei diritti umani promuovendo la Convenzione inter-americana sulla prevenzione, la punizione e l'eliminazione della violenza contro le donne, adottata nel 1994, la Convenzione inter-americana per la prevenzione e la punizione della Tortura (1985) e la Convenzione inter-americana sulla sparizione forzata delle persone (1994), la Convenzione inter-americana sul traffico internazionale di minori (1994) ed il Protocollo "di San Salvador" alla Convenzione americana del 1988, entrato in vigore nel 1999, dedicato ai diritti economici, sociali e culturali.

La Convenzione americana del 1967, come quella europea, si articola in una parte sostanziale, intitolata "obblighi degli Stati e diritti protetti", e in una parte di carattere procedurale, dedicata ai "mezzi di protezione". Il procedimento di garanzia fa capo a due organi distinti: la Commissione inter-americana dei diritti umani e la Corte inter-americana dei diritti umani. La prima costituisce un organo pre-esistente alla Convenzione, e fu istituita attraverso una risoluzione dell'Assemblea dell'OAS del 1959. L'articolo 20 dello Statuto della Commissione stabilisce che essa possa prendere in esame le comunicazioni che le vengono indirizzate e, sulla base di ogni altra informazione disponibile rilevante, essa può formulare raccomandazioni ai governi in vista di "una più efficace osservanza dei diritti umani fondamentali" riconosciuti nella Dichiarazione di Bogotà del 1948, previo esaurimento dei

⁸² Sul sistema inter-americano di protezione dei diritti umani si vedano, anche per ulteriori riferimenti dottrinali: Jo M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge: CUP, 2003; Angela di Stasi, *Il sistema americano dei diritti umani. Circolazione e mutamento di una internazionale legal tradition*, Torino: Giappichelli, 2004.

⁸³ Corte IA, *Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights*, *Advisory Opinion OC-10/89*, 14 luglio 1989, par. 35_45, e anche Commissione IA *James Terry Roach and Jay Pinkerton c. Stati Uniti*, decisione del 22 settembre 1987, caso 9647, par. 46-49.

ricorsi interni⁸⁴. In base alla Convenzione del 1967, la Commissione ha ricevuto la facoltà di ricevere ricorsi individuali relativi a pretese di violazione dei diritti contenuti nella Convenzione, i quali vengono considerati preliminarmente nel merito in vista di un eventuale deferimento alla Corte. Tale deferimento, nei primi anni di attività della Corte, è avvenuto sporadicamente, tanto che la Corte inizialmente ha esercitato la sola funzione consultiva⁸⁵.

E' noto come la giurisprudenza creativa del sistema inter-americano abbia contribuito allo sviluppo del diritto internazionale dei diritti umani attraverso pronunce che hanno avuto un vasto impatto sistemico nell'intera regione, trattando questioni come i privilegi militari, l'impunità e l'accesso alla giustizia e la compatibilità con la Convenzione delle leggi di amnistia in relazione a violazioni sistematiche dei diritti umani e soprattutto il fenomeno delle sparizioni forzate. Ad esempio, nel caso *Velásquez-Rodríguez*, la Corte ha voluto ricostruire la complicità statale nel fenomeno delle sparizioni forzate inquadrandola come una violazione dei diritti alla vita, all'integrità personale, alla libertà personale⁸⁶, e pur in assenza all'epoca di una specifica previsione nell'ambito del diritto internazionale dei diritti umani relativa alle sparizioni forzate⁸⁷. La Corte, lo si è messo in evidenza sopra, ha enunciato la natura perentoria di norme quali la proibizione della schiavitù⁸⁸, la tortura, i trattamenti inumani – comprese le punizioni corporali⁸⁹, le sparizioni forzate⁹⁰, le esecuzioni extragiudiziali⁹¹, la discriminazione⁹², i crimini contro l'umanità e la mancata persecuzione dei responsabili di crimini contro l'umanità – situazione descritta anche come “mancanza di accesso alla giustizia”⁹³. Questo ha portato un giudice ad affermare che “[t]he Inter-American Court has probably done for such identification of the expansion of *jus cogens* more than any other contemporary international

⁸⁴ Le funzioni extra-convenzionali della Commissione, previste nell'articolo 18 del suo Statuto, comprendono la promozione dei diritti umani, l'attività di raccolta di informazioni e di studio, la funzione consultiva e, a condizione che vi sia il consenso del governo territoriale, anche le missioni di osservazione *in loco*.

⁸⁵ Il primo deferimento di un caso dalla Commissione alla Corte risale al 1986. Un parere può essere chiesto alla Corte dagli Stati membri dell'OSA nonché dagli organi dell'OSA compresi nell'elenco piuttosto ampio contenuto nell'attuale articolo 53 dello Statuto dell'Organizzazione. Può avere per oggetto l'interpretazione della stessa Convenzione americana, ma anche di “other treaties concerning the protection of human rights in the American states”, espressione che è stata interpretata dalla Corte in modo estensivo, tanto da consentire a questa di interpretare strumenti a vocazione universale ratificati da Stati americani. I pareri chiesti dagli organi dell'OSA devono rientrare nella sfera di competenza di questi.

⁸⁶ V. *Velásquez-Rodríguez c. Honduras*, sentenza del 29 luglio 1988, serie C, n°4, par. 145-157.

⁸⁷ V. Christina Cerna, *How the Inter-American System has Contributed to the Development of International Law*, in Olivier Delas et alii, *Les juridictions internationales: complémentarité ou concurrence?* 2005.

⁸⁸ Corte IA, *Aloeboetoe Case (Reparations)*, Series C, No. 15 (1993), par. 57.

⁸⁹ Corte IA, *Maritza Urrutia Case*, Series C, No. 103 (2003), par. 92 e Corte IA, *Ximenes-Lopes Case*, Series C, No. 149 (2006), par. 126; nonché, Corte IA, *Caesar Case*, Series C, No. 123 (2005), par. 70.

⁹⁰ Corte IA, *Goiburú Case*, Series C, No. 153 (2006), par. 93.

⁹¹ Corte IA, *Gómez Paquiyauri Brothers Case*, Series C, No. 110 (2004), par. 76.

⁹² Corte IA, *Yatama Case*, Series C, No. 127 (2005), par. 184.

⁹³ Corte IA, *Almonacid-Arellano Case*, Series C, No. 154 (2006), par. 99.

tribunal⁹⁴”. Da una prospettiva istituzionale, tale politica giudiziale in relazione alla nozione di diritto cogente, con riferimento specifico al divieto della discriminazione, è stata interpretata da alcuni come esplicitamente votata all'imposizione di un'autorità normativa nei confronti di uno Stato terzo rispetto al sistema convenzionale, ossia gli Stati Uniti⁹⁵.

Ai fini degli obiettivi della presente ricerca, desideriamo porre l'accento su alcune questioni specifiche, le quali evidenziano il potenziale del sistema inter-americano a svolgere delle funzioni di natura costituzionale. Tali dimensioni sono: 1) la posizione della vittima, o più in generale del ricorrente; 2) le misure temporanee; e 3) le misure rimediali.

Quanto al primo di questi aspetti, in base all'articolo 44 della Convenzione, il procedimento di ricorso alla Commissione può essere avviato su iniziativa di “[o]gni persona o gruppo di persone” o di “ogni entità non-governativa legalmente riconosciuta in uno o più Stati membri dell'Organizzazione” che lamenti una violazione della Convenzione ad opera di uno Stato parte, a prescindere dall'accettazione di una specifica clausola. Ciò significa che il ricorrente non necessariamente deve giustificare di avere subito una violazione o un danno. La combinazione di tale circostanza con l'estensione della facoltà di presentare ricorsi alle organizzazioni non governative riconosciute in uno o più Stati membri dell'OSA si è rivelata di notevole importanza, avendo consentito a queste ultime di sostituirsi, nella presentazione di ricorsi, a quelle vittime che temessero ripercussioni per la propria vita, o la vita dei propri cari, successivamente alla presentazione di un'istanza⁹⁶. A partire dal 2001, viene riconosciuto al ricorrente il diritto di partecipare pienamente a tutte le fasi del procedimento, attraverso la presentazione di memorie e la proposizione e audizione di testimoni. In base alle modifiche del 2009 delle regole di procedura⁹⁷, la Commissione non compare più di fronte alla Corte come

⁹⁴ Corte IA, Caesar Case, cit., opinione separata del giudice Cançado Trindade, par. 92. In dottrina, si fa riferimento anche al noto passaggio della decisione della Commissione inter-americana nel caso Tugboat in cui si qualifica il diritto alla vita come avente natura di diritto cogente: 9. Another point that the Inter-American Commission on Human Rights must stress is that the right to life, understood as a basic right of human beings enshrined in the American Declaration and in various international instruments of regional and universal scope, has the status of jus cogens. That is, it is a peremptory rule of international law, and, therefore, cannot be derogable. The concept of jus cogens is derived from a higher order of norms established in ancient times and which cannot be contravened by the laws of man or of nations. The norms of jus cogens have been described by public law specialists as those which encompass public international order. These are the rules that have been accepted, either explicitly in a treaty or tacitly by custom, as necessary to protect the public interest of the society of nations or to maintain levels of public morality recognized by them”: cfr. Victims of the Tugboat “13 de Marzo”, Case 11.436, Report No. 47/96, OEA/Ser.L/V/II.95, Doc. 7 rev. at 127 (1997), par. 79, citato in Anne Peters ---.

⁹⁵ V. Gerald L. Neuman, “Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights”, 19/1 *EJIL* 2008, pag. 101, il quale osserva: “The advisory opinion arose from a request by Mexico for a ruling in response to a series of questions concerning discrimination against undocumented migrant workers by OAS states, in the light of the Universal Declaration, the American Declaration, the ICCPR, the ACHR, and general international law. The request was apparently prompted by developments in the United States [US 127 (2002)], most prominently a then-recent decision of the US Supreme Court restricting the remedies available for labour law violations committed against undocumented employees”.

⁹⁶ V. Jo M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure...*, cit., p.6.

⁹⁷ V. Jo M. Pasqualucci, *The Inter-American Human Rights System : Progress Made and Still to Be Made*, 52 German

difensore del ricorrente. Tale innovazione viene motivata in particolare con la necessità di mantenere l'indipendenza della Commissione, la quale potrebbe essere impegnata parallelamente in casi di soluzione amichevole di controversie riguardanti situazioni simili. Tuttavia, nel caso in cui una vittima non abbia la possibilità economica di assicurare la propria rappresentazione legale, la Corte può nominare di sua iniziativa un difensore d'ufficio.

Un'ulteriore area che ha subito modifiche significative nel corso della recente modifica delle regole di procedura riguarda la concessione di misure temporanee. In base alla Convenzione, la Corte può concedere 'misure cautelari', "in cases of extreme gravity and urgency, and when necessary to avoid irreparable damage to persons"⁹⁸. La Corte ha ripetutamente sottolineato la natura vincolante delle sue misure cautelari, osservando che: "the provision established in Article 63 (2) of the Convention makes it mandatory for the State to adopt the provisional measures ordered by this Tribunal, since there stands a basic principle of the law of international responsibility, supported by international jurisprudence, according to which states must fulfill their conventional duties in good faith"⁹⁹. Le nuove regole di procedura definiscono anche le circostanze in cui la Corte è portata ad indicare delle misure cautelari, ritenendo che nel suo giudizio discrezionale essa debba valutare la gravità ed urgenza della situazione, compresa la possibile imminenza di atti di violenza fisica o psicologica a danno del ricorrente, la circostanza che lo Stato sia stato informato in precedenza della situazione di rischio e il consenso esplicito da parte dei potenziali beneficiari, a meno che l'assenza di un tale consenso risulti pienamente giustificata¹⁰⁰. La possibilità per la Commissione di indicare delle "misure temporanee", in casi urgenti e gravi, è invece prevista nello Statuto della Commissione ma non testualmente nella Convenzione, e vi è una prassi sistematica relativa al mancato accoglimento dagli Stati parti della natura obbligatoria di tali indicazioni. Tuttavia, la Corte ritiene di dover prendere l'iniziativa di ordinare delle misure cautelari nel caso in cui alle misure temporanee ordinate in precedenza dalla Commissione non sia stata data piena attuazione e si valuti il permanere di una situazione di pericolo per il ricorrente¹⁰¹. Inoltre, in base alle nuove regole di procedura, è rafforzato il ruolo di monitoraggio dell'attuazione delle misure temporanee, così come è necessaria una nuova decisione della Corte al fine di autorizzare lo Stato a discontinuare le misure.

Infine, è noto l'interesse dottrinale per la giurisprudenza creativa della Corte in materia di riparazione¹⁰². In varie sentenze concernenti il trattamento di civili di fronte a tribunali militari

Yearbook of International Law 2009, pag. 181.

⁹⁸ V. articolo 63.

⁹⁹ Constitutional Court (Peru), decisione del 14 agosto 2000.

¹⁰⁰ V. regola 25.

¹⁰¹ Corte IA *Digna Ochoa y Pláido et alii c. Messico*, decisione del 17 novembre 1999, serie E, par. 6.

¹⁰² V. Thomas Antkowiak, "Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond", 46 *Columbia Journal of Transnational Law* 2008, pag. 351. V. anche Jo M. Pasqualucci, "Victim

in violazione dell'equo processo, la Corte ha dichiarato la nullità di decisioni delle giudice nazionale e ordinato la tenuta di un nuovo processo¹⁰³. Nei casi *Raxcacó Reyes* e *Fermín Ramírez*, entrambi contro il Guatemala, la Corte ha stabilito il mancato rispetto del diritto all'equo processo previsto nella Convenzione, ordinando l'annullamento della comminazione della pena capitale nel primo caso nonché la tenuta di un nuovo processo nel secondo caso¹⁰⁴. In più casi, la Corte ha ordinato allo Stato convenuto di provvedere gratuitamente alle cure mediche e psicologiche della vittima¹⁰⁵. La giurisprudenza della Corte si è anche distinta per l'indicazione di misure rimediali a beneficio della società nel suo insieme. Nella sentenza *Claude Reyes c. Cile*, la Corte ha richiesto allo Stato condannato l'adozione di misure legislative relative alla promozione dell'accesso all'informazione in materia di politiche pubbliche in materia ambientale, richiesta a cui il governo cileno diede effettivamente seguito attraverso l'adozione di una legge sulla trasparenza delle funzione pubblica¹⁰⁶. Nel caso *Myrna Mack*, allo Stato guatemalteco fu richiesto di manifestare pubblicamente la responsabilità in merito all'uccisione di un prominente attivista per i diritti umani¹⁰⁷. In *Kawas Fernández*, la Corte ha ordinato all'Honduras di organizzare una campagna pubblica di informazione da cui emerga il ruolo positivo dell'operato degli attivisti nel campo della tutela dell'ambiente naturale in Honduras¹⁰⁸. Nel caso *Serrano Cruz*, il quale riguardava la sparizione nel El Salvador di due giovanissime sorelle, la Corte ordinò allo Stato di sviluppare e rendere disponibile sul web una banca dati sulle sparizioni di minori e di rendere accessibile a tutti il test del DNA, al fine da facilitare i processi di riunificazione delle famiglie¹⁰⁹. Nella più recente sentenza nel caso *Campoalgodonero (Gonzales et alii c. Messico)*¹¹⁰, la Corte integra nel dispositivo una serie di misure rimediali che spaziano dalla persecuzione degli esecutori materiali e dei mandanti degli omicidi di tre donne nella città di Ciudad Juarez, l'erogazione di cure mediche e psicologiche ai familiari delle vittime, si sofferma sull'esigenza che le investigazioni includano una prospettiva di eguaglianza di genere, e ancora richiede l'ampia pubblicazione e diffusione della sentenza, l'organizzazione - ad un anno dalla pubblicazione della medesima - l'organizzazione di una

Reparations in the Inter-American Human Rights System: A Current Practice and Procedure”, *18 Michigan Journal of International Law* 1996, pag. 1.

¹⁰³ Corte IA Casi Loayza Tamayo c. Peru, series C 42 1998, par. 242, caso Castello Petruzzi series C 52, 1999, par. 221-222. Per un commento, v. Raphael Rivier, Responsibility for violations of human rights obligations: Inter-American Mechanisms, in James Crawford, Alain Pellet and S”

¹⁰⁴ Rispettivamente, sentenza del 15 settembre 2005, serie C. n° 126, par. 7 e sentenza del 20 giugno 2005, serie C, n°126, par. 7; lo Stato ha dato seguito ad entrambe le sentenze.

¹⁰⁵ Caesar c. Trinidad e Tobago, sentenza dell'11 marzo 2005, serie C. n° 123, par. 2.

¹⁰⁶ V. sentenza del 19 settembre 2006, serie 1 n°151, par. 1. Un esempio simile è costituito dalla modifica costituzionale circa la censura di materiale audiovisivo, in seguito alla sentenza *The Last Temptation of Christ (Olmato-Bustios et alii) c. Cile*, sentenza del 5 febbraio 2001, serie C. n°73, par. 4 del dispositivo.

¹⁰⁷ Criticamente, tuttavia Cavallao e Brewer osservano come in definitiva l'assunzione di responsabilità possa non costituire un metodo di riparazione adeguato: James Cavallao e Stephanie Brewer, “Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court”, *102 AJIL* 2008, pag. 808.

¹⁰⁸ V. sentenza del 3 aprile 2009, serie C, n°196, par. 14.

¹⁰⁹ V. sentenza del 18 novembre 2004, serie C, n°149.

¹¹⁰ V. sentenza del 16 novembre 2009.

cerimonia in onore delle vittime e la creazione di un monumento in memoria di tutte le vittime di violenza sessuale a Juarez, l'intensificazione della ricerca delle persone scomparse e la creazione di una banca dati disponibile su internet e contenente informazioni sul destino di tutte le donne scomparse nello Stato di Chihuahua a partire dal 1993, l'organizzazione di programmi di formazione ed educazione per il personale statale sull'uguaglianza di genere. Infine, il dispositivo contiene l'indicazione di promuovere una politica di standardizzazione, entro tre anni dalla pubblicazione della sentenza, dei protocolli, i manuali e le istruzioni amministrative destinati a tutti i funzionari pubblici responsabili per l'investigazione dei crimini relativi alla sparizione, l'abuso sessuale e l'omicidio delle donne, rispetto a specifici standard internazionali¹¹¹.

L'articolo 68 della Convenzione impone agli Stati parti l'obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte. Tuttavia, il fatto che il sistema inter-americano sia sprovvisto di un meccanismo 'politico' di controllo dell'esecuzione delle sentenze¹¹² ha indubbiamente compromesso la piena esecuzione in particolare di quelle sentenze che contengono misure rimediale articolate, piuttosto che di quelle che implicano il semplice pagamento della riparazione monetaria. In particolare, la dottrina ha messo in evidenza le ripetute difficoltà nel dare esecuzione alle sentenze della Corte che hanno accertato violazioni commesse da pubblici funzionari¹¹³.

3. Il sistema africano per la tutela dei diritti umani

Il sistema africano si fonda principalmente sulla Carta africana dei diritti umani e dei popoli, elaborata nel quadro dell'Organizzazione per l'Unità africana (OUA, ora sostituita dall'Unione africana), adottata nel 1981 ed entrata in vigore nel 1986¹¹⁴, sulla Carta africana sui diritti e sul benessere del bambino del 1990 e il Protocollo aggiuntivo alla Carta africana sui diritti umani e dei popoli relativo ai diritti della donna in Africa del 2003.

La Carta africana, la quale è stata ratificata da tutti i 53 Stati membri dell'Organizzazione,

¹¹¹ Cfr. par. 18 del dispositivo della sentenza. Quanto agli standard internazionali, la Corte fa specifico riferimento allo UN Manual on the Effective Prevention and Investigation of Extralegal, Arbitrary and Summary Executions. È significativo che in seguito all'adozione di tale sentenza, il Messico e l'Unione europea abbiano concluso un Memorandum of understanding che prevede forme di assistenza tecnica da parte dell'Unione europea nell'attuazione delle misure previste al par. 18.

¹¹² Tuttavia, la Convenzione si limita a prevedere, all'articolo 65, che la Corte, nel suo rapporto annuale all'Assemblea generale dell'OSA, "sottoline[i] in modo particolare, formulando le raccomandazioni pertinenti, i casi in cui uno Stato non ha dato seguito alle sue decisioni". Queste considerazioni giustificano la richiesta di Cançado-Trindade di sviluppare un sistema 'politico' di esecuzione delle sentenze: 101 *ASIL Proceedings, The Future of International Law*, 2007, pag. 240.

¹¹³ Cfr. Jo M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure...*, cit., pagg.8-9.

¹¹⁴ V. Rachel Murray, *Human Rights in Africa. From the OAU to the African Union*, Cambridge:CUP, 2004, pag. 7ss.

include anch'essa una sezione sostanziale ed una procedurale¹¹⁵. La parte sostanziale della Carta africana presenta talune specificità che la distinguono dalle parti corrispondenti delle altre convenzioni regionali 'generali' sui diritti umani. In particolare, la Carta si caratterizza per il maggiore spazio dedicato ai diritti economici e sociali, per l'inclusione, oltre ad un catalogo di diritti individuali, di un elenco di diritti collettivi dei popoli, per l'inclusione di una serie di doveri, peraltro genericamente individuati¹¹⁶ ed infine per l'inserimento di una serie di clausole - le cosiddette *clawback clauses* - che consentono limitazioni al godimento di diritti riconosciuti nella Carta in base al diritto interno¹¹⁷. Inoltre, manca nella Carta una clausola generale di deroga¹¹⁸. Sempre in relazione al diritto applicabile, occorre sottolineare che l'articolo 60 della Carta prevede che la Commissione africana sui diritti dell'uomo e dei popoli, nell'ambito delle molteplici attività - che verranno tra breve prese in considerazione - 'si ispiri' a vari strumenti internazionali, vincolanti o meno, in materia di diritti umani, mentre l'articolo 61 indica quali "mezzi ausiliari di determinazione delle regole di diritto", "altre convenzioni internazionali, [...] prassi africane conformi alle norme internazionali sui diritti umani e dei popoli, le tradizioni generalmente riconosciute come giuridicamente vincolanti, i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni africane così come la giurisprudenza e la dottrina".

Quanto alla parte procedurale, questa rispecchia l'iniziale diffidenza di molti Stati africani nei confronti di un sistema di garanzie internazionali dei diritti umani e, in particolare, la loro difficoltà nell'accettare forme di controllo che potessero risultare poco rispettose della sovranità statale recentemente raggiunta. La Carta prevede, infatti, l'istituzione di un solo organo, non giurisdizionale, la Commissione africana dei diritti umani e dei popoli, mentre non viene originariamente contemplata, in analogia con quanto previsto dalle Convenzioni europea e americana, l'istituzione di una Corte. In base alla Carta, la Commissione africana svolge in via

¹¹⁵ Sulla Carta Africana si vedano per tutti Emmanuel G. Bello, *The African Charter of Human and Peoples' Rights: a Legal Analysis*, in 194 *RdC* 1985; Malcolm Evans e Rachel Murray (a cura di), *The African Charter on Human and Peoples' Rights. The System in Practice 1986-2000*, Cambridge:CUP, 2002; Mutoy Mubiala, *Le système régional africain de protection des droits de l'homme*, Bruxelles: Bruylant, 2005.

¹¹⁶ Sul punto, v. Wolfgang Benedek, *Peoples' Rights and Individuals' Duties as Special Features of the African Charter on Human and Peoples' Rights*, in Philip Kuning et alii (a cura di), *Regional Protection of Human Rights by International Law: The emergine African System*, 1985.

¹¹⁷ Secondo la definizione della Higgins, "by clawback clauses is meant one that permits, in normal times, breach of an obligation for a specific number of public reasons. Derogations stricto sensu are those which allow suspension or breach of certain obligations in circumstances of war or public emergency": cfr. id, *Derogations under Human Rights Treaties*, *BYIL* 1977, pag. 280.

¹¹⁸ Ciò che ha portato la Commissione ad osservare: "The African Charter, unlike other human rights instruments, does not allow for States parties to derogate from their treaty obligations during emergency situations. Thus, even a civil war [...] cannot be used as a san excuse by the State violatine or permitting violations of human rights in the African Charter": cfr. 74/92 *Commission nazionale des droits de l'Homme et des libertés c. Chad*, 9° rapporto annuale 1995-1996, allegato VIII, par 21.

principale i seguenti compiti: la promozione dei diritti umani attraverso attività di documentazione e studio, l'elaborazione di principi e regole e la cooperazione con altre istituzioni, ad esempio attraverso la designazione di Rapporteur speciali¹¹⁹; l'interpretazione delle disposizioni di questa “su richiesta di uno Stato parte, di un'istituzione dell'Unione Africana o di un'organizzazione africana riconosciuta dall'Unione Africana; e la protezione dei diritti umani “secondo le condizioni previste dalla Carta¹²⁰”. Le attività di promozione di standard normativi sui diritti umani, attraverso la proposizione di risoluzioni tematiche da parte della Commissione agli organi politici dell'Unione africana non è ancora particolarmente sviluppata¹²¹. In base al suo mandato di “protezione dei diritti umani”, la Commissione riceve rapporti periodici dagli Stati circa l'attuazione nazionale della Carta, sebbene la dottrina abbia severamente criticato i ritardi accumulati nel processo di esame di tali rapporti¹²². Rientra nel mandato della Commissione africana la ricezione da parte di individui o gruppi di individui di comunicazioni al fine di lamentare violazioni della Carta, l'analisi di tali comunicazioni e l'elaborazione di una valutazione autoritativa nel merito.

La Commissione ha interpretato la nozione di ricorrente in senso ampio, accettando comunicazioni da individui o organizzazioni diverse dalla vittima, e più recentemente indicando la sua volontà di accettare comunicazioni ‘a nome dell'interesse pubblico¹²³’. Nel tempo, la Commissione ha dato luogo ad una quasi-giurisprudenza particolarmente significativa in relazione all'indicazione delle misure di riparazione, le quali spaziano dalla richiesta di liberazione immediata di detenuti, l'annullamento di decreti governativi, l'erogazione di cure mediche, sino alla bonifica ambientale di terre e fiumi. La Commissione non ha esitato, inoltre,

¹¹⁹ L'operato dei rapporteur speciali, è stato definito nella dottrina di commento “modesto, se non minimo”: cfr. Rachel Murray, *The Special Rapporteurs in the African System*, in Malcom Evans e Rachel Murray (a cura di), *The African Charter on Human and Peoples' Rights: The System in Practice 1986-2006*, Oxford: OUP, 2008, pag. 445.

¹²⁰ Infine, il capitolo IV della seconda parte della Carta contiene una norma - quella dell'articolo 62 - che, in termini molto stringati, introduce un meccanismo ulteriore di garanzia dei diritti riconosciuti nella Carta. Vi si stabilisce che ogni Stato parte debba presentare, ogni due anni, “un rapporto sulle misure di ordine legislativo o di altra natura intraprese al fine di dare efficacia” a questi ultimi. Si tratta, in sostanza, di una procedura di garanzia, che si affianca a quella contenziosa attivata mediante ricorso, simile alla procedura dei rapporti periodici prevista dai principali accordi in materia di diritti umani stipulati nel quadro delle Nazioni Unite. Per un commento: v. Gina Bekker, *The African Human Rights System: An Uphill Struggle*, 52 *German Yearbook of International Law* 2009.

¹²¹ Occorre tuttavia dare conto, tuttavia, del successo della negoziazione delle Guidelines and Measures for the prohibition and Prevention of Torture, Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment del 2002 (documento ACHPR/Res 61 XXXII (VI)).

¹²² Frans Viljoen, “State Party Reporting under the African Charter on Human and Peoples' Rights: A Boost from the South”, 44 *JAL* 2000.

¹²³ V. 155/96 *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights c. Nigeria*, 15° rapporto annuale 2001-2002, par. 49, allegato 5.

ad estendere le sue richieste anche a soggetti altri rispetto alle autorità pubbliche¹²⁴. In generale, il grado di accoglimento di tali richieste risulta essere marginale: secondo uno studio relativo al periodo 1987-2003, solo in 6 su 44 casi si sarebbe assistito ad una piena esecuzione delle misure richieste¹²⁵. Questo dato va preso in considerazione alla luce delle indicazioni della Carta in merito al rapporto tra la Commissione e gli organi politici dell'Unione africana. In base all'articolo 58 della Carta, la Commissione può informare l'Assemblea dei Capi di Stato e di Governo in ordine a quelle comunicazioni che a suo parere rivelano "l'esistenza di un insieme di violazioni massicce dei diritti umani e dei popoli". L'Assemblea, o il suo Presidente in caso di urgenza, potrà invitare la Commissione a "procedere a uno studio approfondito" e a "preparare un rapporto circostanziato, accompagnato da conclusioni e raccomandazioni". I rapporti della Commissione – sia quelli redatti ai sensi dell'articolo 58, sia quelli che costituiscono l'esito normale della procedura di esame delle "altre comunicazioni" – resteranno in ogni caso confidenziali fino a che l'Assemblea non ne abbia deciso l'eventuale pubblicazione. Nonostante l'esistenza di tale base giuridica, la prassi ha messo in luce tuttavia l'estrema reticenza degli organi politici dell'Unione africana ad intraprendere iniziative critiche nei confronti degli Stati membri.

Un apposito Protocollo facoltativo alla Carta entrato in vigore nel 2004 prevede l'istituzione della Corte africana dei diritti umani e dei popoli, quale istituzione "complementare" alla Commissione¹²⁶. Solo nel dicembre 2010, la Corte ha reso la sua prima sentenza¹²⁷. Nel luglio del 2004, l'Assemblea dell'Unione africana ha infine stabilito l'unificazione di tale Corte con la Corte di Giustizia dell'Unione africana, e ha adottato a questo scopo un apposito Protocollo, non ancora entrato in vigore¹²⁸. La Corte può emettere pareri consultivi "on any legal matter relating to the Charter or any other relevant human rights instruments", su richiesta di qualunque Stato membro dell'Unione africana - e non solo degli Stati che abbiano ratificato il Protocollo del 1998, dagli organi dell'Unione africana, o da "any

¹²⁴ Indicando al Southern Cameroon National Council di "transform into political parties, abandon secessionism and engage in constructive dialogue with the respondent state in relation to constitutional issues and grievances".

¹²⁵ V. Frans Viljoen e Lirette Low, "State Compliance with the Recommendations of the African Commission on Human and Peoples' Rights", 1 *AJIL* 2007, pagg. 8-11.

¹²⁶ Sulla Corte africana, anche per ulteriori riferimenti, si veda A.P. Van der Mei, "The new African Court on Human and Peoples' Rights: towards an effective human rights protection mechanism for Africa?", in *LJIL* 2005, pag.113 e Andrea Saccucci, "Il Protocollo istitutivo della Corte Africana dei diritti dell'uomo e dei popoli: un primo confronto con le altre Corti regionali", *RDI* 2004, pag.1036 ss.

¹²⁷ V. *Michelot Yogogombaye c. Senegal*, ricorso N°1/2008.

¹²⁸ Su questo punto specifico, v. Nsongurua J. Udombana, "An African Human Rights Court and an African Union Court: a needful duality or a needless duplication?", in *Brooklyn journal of international law*, 2003, pag. 811.

African organization recognised by the African Union”. Il procedimento contenzioso davanti alla Corte può essere attivato dalla Commissione, da uno Stato parte che abbia presentato un ricorso alla Commissione o contro il quale sia stato presentato un ricorso alla Commissione, dallo Stato parte di cui sia cittadino la vittima di una violazione dei diritti umani o, infine, da un’organizzazione intergovernativa africana (articolo 5 (1)). Anche gli individui e le organizzazioni non governative a cui sia stato riconosciuto status consultivo presso la Commissione possono essere autorizzati dalla Corte a presentare ricorsi, ma – e si tratta questo del maggior elemento di critica nei confronti del nuovo sistema africano dei diritti umani - solo contro quegli Stati parti che abbiano formalmente accettato tale possibilità mediante la formulazione di un’apposita dichiarazione¹²⁹. I procedimenti davanti alla Commissione e alla Corte africane sono fra loro autonomi, e non costituiscono pertanto le fasi di un unico procedimento complesso, poiché non risulta essere necessario, infatti, che il caso sia esaminato prima dalla Commissione e soltanto in seguito, eventualmente, dalla Corte¹³⁰. Il procedimento si conclude con una sentenza motivata, che gli Stati parti hanno l’obbligo di rispettare e di assicurarne l’esecuzione (articolo 30). Il controllo sull’esecuzione delle sentenze è affidato al Consiglio esecutivo dell’Organizzazione (articolo 29). In base all’articolo 43, il Consiglio esecutivo ha il compito di “monitorare l’esecuzione a nome dell’Assemblea”, e quest’ultima può eventualmente imporre sanzioni in base all’articolo 23 dell’Atto costitutivo dell’Organizzazione. L’articolo 7 del Protocollo alla Carta africana riguardante l’istituzione della Corte prevede infine che la Corte applichi le norme contenute nella Carta come anche “any other relevant human rights instruments ratified by the States concerned”. Nonostante i progressi registrati in una sessione congiunta nell’aprile 2010, le regole di procedura interne rispettivamente della Corte e della Commissione non sono ancora state adeguate al fine di disciplinare il ricorso alla Corte da parte della Commissione e più in generale il coordinamento tra i due organi.

Riteniamo che forse la principale condizione che permetta l’efficace funzionamento del sistema africano di tutela dei diritti umani debba essere ricondotta al rafforzamento dell’integrazione nell’ambito dell’Unione africana in quanto tale, e ad un accresciuto impatto delle decisioni degli organi politici dell’Unione su ciascuno Stato membro, in particolare in

¹²⁹ Si veda in proposito Mutoy Mubiala, *L’accès de l’individu à la Cour africaine des droits de l’homme et des peuples*, in Marcelo Kohen (a cura di), *Promoting justice, human rights and conflict resolution through international law. Liber Amicorum Lucius Caflisch*, The Hague: Kluwer, 2007, pag. 369.

¹³⁰ La stessa Corte, in senso inverso, potrà decidere, nel prendere in esame i ricorsi in fase di ammissibilità, se considerare essa stessa il caso o se trasferirlo invece alla Commissione (articolo 6.3).

relazione alla violazione di norme che si ritiene fanno parte del patrimonio normativo e valoriale dell'Organizzazione e dei suoi Stati membri. Uno strumento politico che in futuro potrà contribuire ad un simile rafforzamento è l'African Peer Review Mechanism (APRM), ossia un meccanismo volontario attraverso cui ciascuno Stato membro dell'Unione africana valuta assieme agli altri Stati i suoi progressi in quattro aree principali indicate dal documento politico dell'Organizzazione noto come New Partnership for Africa's Development: democrazia e politica governativa, economia, struttura governativa e sviluppo socio-economico¹³¹. Il funzionamento dello APRM, il quale coinvolge ad oggi 26 Stati, si basa su un apposito Memorandum d'intesa, ed inoltre i risultati di tale processo, possono essere utilizzati come giustificazione per la concessione o la modifica di benefici specifici nell'ambito delle politiche commerciali e di assistenza allo sviluppo di donatori internazionali.

4. Altri sistemi regionali

Per completezza dell'esposizione, desideriamo far riferimento in maniera sintetica ad altri sistemi regionali di tutela dei diritti umani, caratterizzati prevalentemente da attività di supporto alla cooperazione inter-governativa e scambio di esperienze.

Merita particolare attenzione il sistema previsto nell'ambito dell'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa (OSCE)¹³². L'Ufficio per le Istituzioni democratiche e i diritti dell'uomo (meglio noto con l'acronimo inglese di ODIHR), è la principale istituzione dell'OSCE nel campo della dimensione umana, un concetto attraverso cui l'Organizzazione definisce il suo complesso mandato che ricomprende azioni in merito alla tutela dei diritti umani, lo sviluppo delle società democratiche (con particolare riguardo alle elezioni, al rafforzamento istituzionale e alla good governance) ed il rafforzamento dello stato di diritto. L'ODIHR svolge funzioni di assistenza tecnica, cooperazione e diffusione di "buone prassi" in particolare nel campo dell'osservazione elettorale, di lotta al razzismo, l'antisemitismo e la discriminazione, la riforma del sistema di giustizia penale e la legislazione sulla libertà di associazione. Inoltre, l'ODIHR organizza annualmente uno "Human Dimension Implementation Meeting", ossia una conferenza aperta agli Stati partecipanti, ad altre

¹³¹ V. Magnus Killander, "The African Peer Review Mechanism and Human Rights: the First Reviews and the Way Forward", 30 *Human Rights Quarterly* 2008, pag. 41. André Mbata B Mangu, "Assessing the Effectiveness of the African Peer Review Mechanism and Its Impact on the Promotion of Democracy and Good Political Governance", 7 *African HRLJ* 2007, pag. 354.

¹³² L'economia del nostro lavoro non ci permette, tuttavia, di ricostruire la problematica dell'evoluzione della soggettualità di tale Organizzazione, e di conseguenza la pregnanza giuridica del suo diritto derivato; sul tema, dalla prospettiva specifica dei diritti umani, v. Emmanuel Decaux, *L'OSCE trente ans après l'acte final de Helsinki : sécurité coopérative et dimension humaine*, Paris: Pedone, 2008.

organizzazioni internazionali, ed ad organizzazioni della società civile, al fine di valutare l'attuazione complessiva degli impegni assunti in ambito OSCE in relazione alla dimensione umana. Occorre inoltre fare riferimento al mandato, già istituito nel 1992, dell'Alto Commissario OSCE per le minoranze nazionali, il cui ruolo è quello di adottare tempestive misure al fine di prevenire che eventuali tensioni etniche diano origine a conflitti. Similmente, il Rappresentante per la libertà dei mezzi di informazione, figura istituita nel 1997, svolge una pluralità di compiti, tra cui il monitoraggio costante degli sviluppi pertinenti alla situazione dei mezzi di informazione negli Stati partecipanti e la promozione di forme di assistenza degli Stati partecipanti, in stretta cooperazione con la chairmanship. Il Piano di azione dell'OSCE per combattere il traffico di esseri umani adottato nel 2003, prevede l'istituzione di uno specifico Rappresentante speciale, con funzioni di coordinamento nell'ambito di questa tematica in seno all'Organizzazione.

Nel quadro del funzionamento dell'Associazione delle Nazioni dell'Asia Sud-Orientale (ASEAN), 10 Stati della regione si sono impegnati ad attuare forme di cooperazione economico e politica che prevedono in particolare la creazione di un mercato comune di circolazione delle merci entro il 2015. Particolare enfasi è attribuita nella Carta istitutiva dell'ASEAN al rispetto dei valori democratici, dei diritti umani, delle libertà fondamentali, dei principi dello stato di diritto e di good governance¹³³. La Carta, inoltre, all'articolo 14, prevede l'istituzione di "un body" specifico in materia di diritti umani. Nell'ottobre del 2009, ha avuto luogo la prima sessione della Commissione intergovernativa sui diritti umani dell'ASEAN, il cui mandato di natura sostanzialmente promozionale si riassume nell'obiettivo: "to promote human rights within the regional context, bearing in mind national and regional particularities and mutual respect for different historical, cultural and religious backgrounds, and taking into account the balance between rights and responsibilities". Le regole di funzionamento della Commissione mettono l'accento sull'importanza della promozione di un approccio non confrontazionale e del rispetto della sovranità degli Stati membri, sottolineando tuttavia "l'adozione di un approccio evolutivo il quale potrebbe contribuire allo sviluppo e alla promozione dei diritti umani nel contesto dell'ASEAN¹³⁴".

Nell'ambito della Lega degli Stati arabi, è stata finalizzata la negoziazione e adottata nel 1994 una Carta araba dei diritti umani, la quale tuttavia non venne poi ratificata da nessuno Stato membro, verosimilmente a causa dei dubbi circa la compatibilità tra alcune norme incluse

¹³³ V. Vitit Muntarbhorn, "Asia, Human Rights and the New Millennium: Time for a Regional Human Rights Charter?", 8 *Transnational Law and Contemporary Problems* 2008, pag. 407; Id, *Human Rights Monitoring in the Asia-Pacific Region*, in Gudmundur Alfredsson (a cura di), *International Monitoring Human Rights Mechanisms...*, cit., pag. 641.

¹³⁴ V. articolo 2.5. Non ci è possibile dare conto in questa sede di altre proposte nell'ambito regionale, come la proposta di una Carta per i diritti umani nel pacifico: in questo senso, v. Peter Malanczuk, *Regional Protection of Human Rights in the Asia-Pacific Region*, in 52 *German Yearbook of International Law* 2009, pag. 125, e Ralph Wilde, "NGO Proposals for an Asia-Pacific Human Rights System", 1 *Yale Human Rights and Development Law Journal* 1999, pag. 138.

nel testo e gli altri obblighi internazionali degli Stati in materia di diritti umani¹³⁵. Una nuova versione della Carta la cui negoziazione è stata facilitata da un progetto di assistenza tecnica dell'Ufficio dell'Alta Commissaria per i diritti umani delle Nazioni unite, fu adottata nel 2004; questo trattato è successivamente entrato in vigore nel 2008. Come la sua prima versione, la Carta contiene nel preambolo la seguente dichiarazione: "Pursuant to the eternal principles of brotherhood and equality among all human beings which were firmly established by the Islamic Shariah and other divinely-revealed religion". A differenza della versione del 1994, la Carta in vigore, tuttavia, non contiene nessuna clausola generale di limitazione dell'ambito di applicazione dei diritti sulla base di possibile incompatibilità con la legge islamica. Ciononostante, si ritiene comunque che alcune specifiche disposizioni siano difficilmente conciliabili con gli standard internazionali¹³⁶. La Carta prevede, all'articolo 45, l'istituzione di un Comitato arabo per i diritti umani, il cui unico compito è quello di ricevere e analizzare rapporti periodici da parte degli Stati membri e contenenti informazioni circa l'attuazione al livello nazionale degli obblighi previsti nella Carta. I rapporti del Comitato, contenenti le eventuali raccomandazioni e prese di posizione dello stesso, devono essere resi pubblici ed ampiamente disseminati.

Risale invece al 2005 il rinato impegno dell'Organizzazione della conferenza degli Stati islamici (OIC) in materia di promozione e protezione dei diritti umani. Nella nuova Carta dell'Organizzazione, adottata nel 2008 e tuttora non in vigore, include tra gli obiettivi dell'Organizzazione "la promozione e protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali, compresi i diritti delle donne, dei bambini, dei giovani, degli anziani, e delle persone con specifiche necessità, così come la preservazione dei valori della famiglia islamica¹³⁷". Nello stesso anno, gli Stati membri dell'Organizzazione negoziarono un Programma di azione decennale per il raggiungimento delle sfide dei musulmani nel 21° secolo, nonché un progetto di trattato denominato 'Patto sui diritti dei minori nell'Islam'. Ad oggi, tuttavia, il Patto non risulta essere ratificato da nessuno Stato membro, verosimilmente a causa della palese incoerenza di numerose norme di tale trattato con i corrispondenti standard internazionali. Il Patto prevede, all'articolo 25, l'istituzione di un Comitato islamico sui diritti dei bambini, senza tuttavia descriverne le funzioni in maniera sufficiente. Infine, la nuova Carta dell'Organizzazione prevede l'istituzione di una Commissione indipendente permanente sui diritti umani, il cui compito principale sarebbe caratterizzato dalla promozione dei diritti civili, politici, economici e sociali previsti negli accordi e dichiarazioni promossi dall'Organizzazione

¹³⁵ V. Mervat Rishmawi, *Human Rights Commission of the Arab States*, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010.

¹³⁶ V., ad esempio, l'articolo 7 sulla pena di morte, il quale proibisce l'esecuzione di minori, eccetto nei casi in cui l'applicazione della sentenza capitale per i minori fosse esplicitamente prevista secondo una legge in vigore al momento della commissione del reato. Simili esempi sono offerti dall'articolo 8 (tortura) e 33 (diritto alla famiglia).

¹³⁷ Par. 14.

“ed in strumenti sui diritti umani universalmente accettati, in conformità con i valori islamici”. Sebbene le negoziazioni relative alla stesura dello Statuto della Commissione, le quali beneficiano di assistenza tecnica da parte delle Nazioni unite, siano ancora in corso, sembra tuttavia già evidente la determinazione dei redattori di assegnare alla Commissione OIC funzioni promozionali simili a quelle della Commissione africana. Di particolare importanza, e potenzialmente destinato ad essere interpretato dinamicamente, ci sembra essere la proposta di articolo determinante l’obiettivo per la Commissione di “collaborare con istituzioni nazionali per i diritti umani, organizzazioni non-governative e la società civile al fine di difendere i diritti umani, anche attraverso forme di cooperazione con altre organizzazioni internazionali e regionali¹³⁸”. Una proposta di articolo che in passato ha costituito l’oggetto di acceso dibattito prevede che: “The Commission shall investigate any possible human rights violations by the OIC members in accordance with its rules of procedure, and shall submit reports thereon to the Council of Foreign Ministers for appropriate decisions”.

5. Il dialogo e coordinamento tra i diversi sistemi di tutela dei diritti umani

5.1. Introduzione

Il dialogo tra i diversi sistemi di tutela dei diritti umani può essere analizzato anzitutto attraverso la verifica dell’esistenza di canali di cooperazione attraverso cui promuovere forme di comunicazione tra giudici/esperti e cancellerie/segretariato dei vari organismi. Sotto questo profilo, possono essere prese in considerazione quelle prime esperienze di promozione di attività congiunte, di carattere tanto di accertamento di presunte violazioni dei diritti umani, come semplicemente di carattere promozionale; esempi in tal senso sono le missioni di investigazione congiunte¹³⁹, o le dichiarazioni stampa congiunte¹⁴⁰ promosse da Rapporteurs del Consiglio dei diritti umani delle Nazioni unite e relatori speciali del sistema diritti umani africano e americano. Questo tipo di iniziative, verosimilmente, sono destinate ad aumentare in forma esponenziale a seguito del rafforzamento recente della istituzionalizzazione di tale cooperazione. Sin dal 1977, l’Assemblea generale delle Nazioni unite ha adottato risoluzioni circa il ruolo complementare dei sistemi regionali di tutela dei diritti umani rispetto al sistema

¹³⁸ Articolo 16.

¹³⁹ Ad esempio, v. la missione congiunta in Messico intrapresa dal Relatore speciale delle Nazioni unite sulla libertà di espressione ed il corrispondente mandato costituito in seno all’Organizzazione degli Stati americani tra il 6 ed il 10 agosto 2010 (comunicato stampa disponibile al link <http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=10257&LangID=E>).

¹⁴⁰ V., ad esempio, la dichiarazione congiunta del Relatore speciale delle Nazioni unite sui difensori dei diritti umani e dei corrispondenti mandati istituiti in seno all’Unione africana e all’Organizzazione degli Stati americani in occasione del 60° anniversario della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, disponibile attraverso il link <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=8877&LangID=E>.

universale¹⁴¹. Già la Dichiarazione finale della Conferenza mondiale sui diritti umani di Vienna osservava che: “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”, invitando pertanto gli Stati a rafforzare “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 activities¹⁴²”. Solo nell’ottobre 2008, tuttavia, dando seguito ad una risoluzione del Consiglio dei diritti umani¹⁴³, l’Alto Commissariato delle Nazioni unite per i diritti umani organizzava il primo di una serie di seminari finalizzati allo scambio di esperienze tra sistemi regionali e universale per la tutela dei diritti umani¹⁴⁴. Una seconda serie di quattro seminari aventi come obiettivo “la circolazione di informazioni e di proposte concrete circa il rafforzamento della cooperazione tra Nazioni unite e organizzazioni regionali nel campo dei diritti umani, nonché l’identificazione di strategie comuni al fine di sormontare ostacoli e sfide comuni” si sono tenuti nella primavera del 2010, dando seguito ad una nuova risoluzione consensuale del Consiglio dei diritti umani¹⁴⁵. Le raccomandazioni formulate al termine di tali seminari contengono una serie di proposte operative al fine di rafforzare effettivamente lo scambio regolare di giurisprudenza e di informazioni, o la promozione di attività congiunte. Oltre al dato istituzionale della crescente cooperazione formale tra organi di garanzia, un aspetto importante che ci preme sottolineare il ruolo di “facilitator” il dialogo tra istanze universali e istanze regionali svolto dalla cooperazione ‘transregionale’ tra difensori ed organizzazioni di supporto ai ricorrenti, non ultimo attraverso la presentazione di *amicus curiae*¹⁴⁶.

Una secondo livello di analisi è rappresentato, al livello normativo, dalle procedure tese ad escludere comunicazioni individuali e ricorsi che manifestino un’identità delle parti in causa e dell’oggetto rispetto ad un caso contemporaneamente esaminato, o anche già deciso, in un’altra sede internazionale, ritenendo con tale espressione tanto la presentazione di ricorsi giurisdizionali quanto di petizioni a sistemi quasi-giurisdizionali¹⁴⁷, procedure che tuttavia sono specificate solo in un numero ridotto di trattati sui diritti umani. Ad esempio, il Protocollo addizionale al Patto internazionale sui diritti civili e politici, il quale precisa all’articolo 5, par. 2 lett. a) che “[t]he Committee shall not consider any communication from an individual unless it

¹⁴¹ Trattasi delle risoluzioni 32/127 del 16 dicembre 1977 e 63/170 del 18 dicembre 2008. Simili testi sono stati adottati anche dalla Commissione dei diritti umani (ad esempio, v. la risoluzione 1993/51 del 9 marzo 1993).

¹⁴² Cfr. par. 37.

¹⁴³ V. risoluzione 6/20.

¹⁴⁴ Una sintesi delle conclusioni del seminario sono contenute nel documento delle Nazioni unite A/HRC/11/3.

¹⁴⁵ V. risoluzione 12/15.

¹⁴⁶ Il fenomeno era già stato evidenziato negli anni ‘Novanta: v. Abdelsalam A. Mohamed, “Individual and NGO participation in human rights litigation”, 8/2 *Michigan State University – DCL Journal of International Law* 1999 e Dinah Shelton, “Non-Governmental Organisation and Judicial Proceedings”, 88 *AJIL* 1994, pag. 611.

¹⁴⁷ Nel caso del Comitato dei diritti umani con l’eccezione del procedimento 1503 presso il Consiglio dei diritti umani.

has ascertained that the same matter is not being examined under another procedure of international investigation or settlement”, e permette dunque al Comitato dei diritti umani di prendere in considerazione ad esempio un caso individuale precedentemente esaminato dalla Corte di Strasburgo¹⁴⁸. La CEDU, come del resto la Convenzione americana, prevede invece che Corte non possa essere adita nel caso in cui il ricorso avanzato sia “essenzialmente identico ad uno precedentemente esaminato dalla Corte o già sottoposto ad un’altra istanza internazionale d’inchiesta o di regolamentazione ed il quale non contenga fatti nuovi¹⁴⁹”. In relazione a ricorsi inter-statali, è infine fondamentale ricordare che con l’articolo 55 CEDU le Parti Contraenti si sono impegnate a rinunciare reciprocamente, salvo compromesso speciale, “a prevalersi dei trattati, delle convenzioni o delle dichiarazioni che esistono fra di loro allo scopo di sottoporre, mediante ricorso, una controversia nata dall’interpretazione o dell’applicazione della presente Convenzione ad una procedura di soluzione delle controversie diversa da quelle previste da detta Convenzione”.

La questione dell’influenza reciproca tra i vari organismi di carattere giurisdizionale o quasi-giurisdizionale sui diritti umani al livello universale come al livello regionale è stata sino ad ora presa in considerazione da parte della dottrina in modo riduttivo principalmente attraverso la comparazione giurisprudenziale, e limitandosi sostanzialmente all’analisi della cross-referencing di tale giurisprudenza¹⁵⁰. In realtà, tale dibattito si è ampiamente focalizzato

¹⁴⁸ V. Caso 712/1998 del 5 luglio 1994. Occorre tuttavia segnalare che l’articolo 5.2 del Protocollo facoltativo è oggetto di riserve da parte di numerosi Paesi. Al momento di depositare lo strumento di ratifica, l’Italia ha ad esempio apposto la seguente riserva: The Italian Republic ratifies the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, it being understood that the provisions of article 5, paragraph 2, of the Protocol mean that the Committee provided for in article 28 of the Covenant shall not consider any communication from an individual unless it has ascertained that the same matter is not being and has not been examined under another procedure of international investigation or settlement. V. Silvia D’Ascoli e Kathrin Maria Scherr, *The Rule of Prior Exhaustion of Local Remedies in the International Law Doctrine and its Application in the Specific Context of Human Rights Protection*, European University Institute Working Paper LAW No. 2007/02 e Catherine Phuong “The Relationship Between the European Court of Human Rights and the Human Rights Committee: Has the ‘Same Matter’ Already Been ‘Examined’?”, *7/2 Human Rights Law Review* 2007, pagg. 385-395.

¹⁴⁹ V. rispettivamente articolo 35 (2) (b) e articolo 47. Una simile norma è inoltre prevista nelle restanti convenzioni delle Nazioni unite che prevedono la possibilità di invio di comunicazioni individuali, come ad esempio nel recente Progetto di Protocollo addizionale al Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, il cui articolo 2 (c) dispone che: “The Committee shall declare a communication inadmissible when [t]he same matter has already been examined by the Committee or has been or is being examined under another procedure of international investigation or settlement”.

¹⁵⁰ La tendenza, in questo dibattito, è quella di prendere in considerazione – allo stesso tempo – l’interazione tra sistema diritti umani delle Nazioni unite e sistemi regionali, come tra sistemi regionali, senza specifiche distinzioni in merito alla natura giurisdizionale o quasi-giurisdizionale di tali meccanismi. E’ significativo, in tale senso, riportare l’introduzione di un recente rapporto dell’Alta Commissaria delle Nazioni unite per i diritti umani in merito a tale co-operazione: “International and regional judicial and quasi-judicial human rights bodies have much in common. They hear complaints brought against their member States and in many cases issue decisions containing recommendations which indicate steps and measures that States should take in order to fulfil their international human rights obligations. The jurisprudence they have developed could be a means to various kinds of cooperation. For example, jurisprudence sharing mechanisms can be established between the United Nations human rights Treaty Bodies and the ACHPR, the African Court on Human and Peoples’ Rights, the IACHR, the Inter-American Court on Human Rights, and the European Court of Human Rights. This cooperation could be expanded to also involve quasi-judicial United Nations special procedures mechanisms (i.e the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances and the Working Group on Arbitrary Detention): cfr. Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the international workshop on enhancing cooperation between international and regional mechanisms for the promotion and protection of human rights, contenuto

sino ad ora sull'impatto della giurisprudenza di Strasburgo sugli ordinamenti nazionali di Stati non parti al sistema CEDU¹⁵¹, ma anche su altre giurisdizioni specializzate, come ad esempio i tribunali di diritto penale internazionale¹⁵², i comitati delle Nazioni unite, il sistema africano¹⁵³ e soprattutto il sistema inter-americano¹⁵⁴. Un volume collettaneo co-edito da Cohen-Jonathan e Flauss¹⁵⁵ offre forse la più completa e aggiornata analisi in questo senso. E' un dato oggettivo il fatto che, da un punto di vista quantitativo, il ricorso da parte dei giudici di Strasburgo ad argomenti e soluzioni promossi in altri sistemi di tutela dei diritti umani è estremamente ridotto: sino al 2003, in soli 12 casi la Corte di Strasburgo citava la Corte inter-americana, ad oggi in circa 70¹⁵⁶. Tuttavia, sebbene più recenti e meno articolati, vi sono tentativi di indagine tesi a valutare l'impatto delle decisioni di altri sistemi sulla Corte di Strasburgo¹⁵⁷. La dottrina ha preso in considerazione il diverso trattamento rispettivamente da parte della Corte di Strasburgo e dal Comitato ONU dei diritti umani di questioni specifiche, come l'implicazione della detenzione nei "corridoi della morte"¹⁵⁸ o gli standard sulla libertà di espressione¹⁵⁹. Oppure, si è

nel documento delle Nazioni unite A/HRC/15/56, del 9 agosto 2010, par. 16.

¹⁵¹ La Corte ha ispirato la Corte Suprema canadese in casi relativi all'extradizione con il rischio dell'imposizione della pena di morte (US c. Burns, 2001 1 SCR 283, 2001 e Sauvé c. Canada, 3 SCR, 519, 2002 SCC 68), e i diritti di voto dei detenuti, come anche la Corte suprema statunitense in relazione al rispetto per la vita privata nel contesto di relazioni omosessuali (*Laurence c. Texas*, 539 US 558 (2003)), riferimenti agli argomenti della Corte sono stati fatti anche dalla Corte costituzionale sudafricana, della Namibia e dal Tribunale della Comunità sudafricana per lo sviluppo (SADC): per i relativi riferimenti, v. Michael O'Boyle e John Darcy, *The European Court of Human Rights*, 52 *German Yearbook of International Law* 2009, pag. 161.

¹⁵² V. Antonio Cassese, *La Cour européenne et les juridictions pénales internationales*, in Gérard Cohen, *L'influence...*, cit.

¹⁵³ In dottrina, v. Erika De Wet "The present control machinery under the European Convention on Human Rights: Its Future Reform and the Possible Implications for the African Court on Human Rights" 29 *Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 1996 338-359; Rachel Murray "A Comparison between the African and European Courts of Human Rights" 2 *African HRLJ* 2002, pagg. 195-222.

¹⁵⁴ V. Jochen Frowein, "The European and American Conventions on Human Rights: A Comparison", 1 *HRLJ* 1980, pag. 44; Thomas Buerghental, "The American and European Conventions on Human Rights: Similarities and Differences", 30 *Am.ULR* 1980; Héctor Fix-Zamudio, *The European and Inter-American Courts of Human Rights: a brief comparison*; in por Paul Mahoney et alii (a cura di), *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne. Protecting Human Rights: The European Perspective. Mélanges à la mémoire de Studies in memory of Rolv Rysdal*, cit, pag 507. Augusto Cançado Trindade, "The merits of coordination of international courts of human rights", 2 *International Journal of Criminal Justice* 2004, pag. 309.

¹⁵⁵ V. Flaussi (a cura di), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles: Bruylant, 2005.

¹⁵⁶ V. Augusto Cançado Trindade, "The Development of International Human Rights Law by the Operation and the Case-Law of the European and the Inter-American Courts of Human Rights", intervento alla cerimonia di apertura all'anno giudiziario della Corte di Strasburgo nel 2004, riprodotto in 25 *HRLJ* 2004, pag. 157.

¹⁵⁷ Un esempio in questo senso è offerto dalla comunicazione nella comunicazione *Malcom Ross c. Canada*, CCPR/C/70/D/736, del 1997?V. Torah Opsahl, *Ten years' coexistence Strasbourg-Geneva*, in Franz Matscher, Herbert Petzold (a cura di), *Protecting human rights : the European dimension : studies in honour of Gérard J. Wiarda*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1988. In proposito, v. Rosalyn Higgins, "Extradition, the right to life, and the prohibition against cruel and inhuman punishment and treatment: Similarities and differences under the ECHR and the ICCPR", in Paul Mahoney et alii (a cura di), *Protection des droits de l'homme, la perspective européenne, Mélanges à la mémoire de Rolv Rysdal*, Köln: Heymann, 2000.

¹⁵⁸ La dottrina, ha messo a confronto ad esempio, la decisione nelle comunicazioni *Pratt e Morgan, Clement Francis e Colin Johnson c. Jamaica*, in cui di fatto il Comitato conferma la sua posizione costante per cui "une intervalle prolongé entre la condamnation à mort et l'exécution ne constitue pas en soit un traitement cruel, inhumain ou dégradant, [mais] en revanche, chaque affaire doit être considérée sur le fond", con il caso *Soering c. Regno Unito*.

¹⁵⁹ V. Eduardo Andrés Bertoni, *The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights: A*

cercato di analizzare il tipo di ricorso da parte della Corte di Strasburgo alle valutazioni da parte di altre componenti non giurisdizionali del sistema per i diritti umani del Consiglio d'Europa, quali del Commissario per i diritti umani e soprattutto il Comitato per la prevenzione della tortura¹⁶⁰. Infine, la dottrina si è sistematicamente domandata come l'applicazione del margine di apprezzamento sia stata influenzata dalla constatazione dell'esistenza di un consensus tra le Parti contraenti rispetto all'interpretazione e applicazione di una norma iscritta nella CEDU, e nell'ambito di tale analisi è stato notato come l'esistenza di un tale consensus sia stata spesso ricavata dalla Corte attraverso il riferimento ad altri strumenti internazionali, interni o esterni al sistema del Consiglio d'Europa ed in base alle definizioni rese in seno a tali sistemi convenzionali¹⁶¹. Sulla base di tali analisi, si è concluso come non sia corretto affermare che il sistema convenzionale europeo costituisca un regime disconnesso rispetto al più ampio dibattito internazionale sui diritti umani, o addirittura che il modello che la Corte europea "offre à d'autres instances internationales des pays tiers n'est pas entaché d'une tendance monopolistique"¹⁶². Ciò premesso, nelle prossime pagine prenderemo in considerazione i due esempi più significativi di esperienze di 'importazione' di argomenti e soluzioni giuridiche da parte di sistemi diversi per la tutela dei diritti umani, ossia rispettivamente il sistema americano ed il sistema africano.

5.2. Il ricorso da parte della Corte inter-americana ad altri sistemi

Precedentemente, abbiamo riportato l'utilizzo da parte della Corte internazionale di giustizia di argomenti proposti dalla Corte inter-americana nel suo parere consultivo sul diritto all'informazione in materia consolare, così come del ruolo di "creazione del diritto" in ambiti particolarmente sensibili per la regione nel suo complesso, come il fenomeno delle sparizioni forzate, attraverso sentenze che secondo alcuni giudici di San Josè esercitano una notevole influenza oltreoceano. Gli organi del sistema inter-americano per i diritti umani costituiscono forse i principali "importatori" di soluzioni giurisprudenziali adottate da altri sistemi giurisdizionali o quasi-giurisdizionali sui diritti umani. Ciò si giustifica anzitutto con il fatto che la Corte inter-americana, in base alla sua base giuridica, ha titolo a prendere in

Dialogue on Freedom of Expression Standards", 3 *EHRIR* 2008, pag. 332.

¹⁶⁰ In relazione al caso *Öcalan*, è stato osservato come le conclusioni del Comitato contenute nel suo rapporto sulla Turchia del 2003 non siano state seguite nel caso *Öcalan c. Turchia*. Tale divergenza si giustifica con il fatto che gli standard che il Comitato usa sono più ampi rispetto a quelli della Corte, e in base al rapporto esplicativo del CPT, la giurisprudenza della Corte serve solo da "guida": v. documento CPT/Inf(89), par. 27. Per un commento, v. Malcom Evans, *Preventing Torture. A study of the European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading*.

¹⁶¹ Per una critica, v. Ronald MacDonald, *The Margin of appreciation doctrine in the jurisprudence of the ECHR, in International Law at the time of its codification, Essays in honour of Roberto Ago*, 1987 e Paul Mahoney, "Judicial activism and judicial self-restraint in the European Court of Human Rights: two sides of the same coin", 11/75 *HRLJ* 1990; Eva Brems, "The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the ECHR", 56/1-2 *ZaöRV* 1996, pag. 276-277.

¹⁶² v. Gérard Cohen-Jonathan, in *id*, *Flauss, L'influence, cit., Avant-propos*, pag. 28.

considerazione fonti altre rispetto alla Convenzione, nello specifico al fine dello svolgimento della sua funzione consultiva¹⁶³. Quanto alla funzione contenziosa, la Corte ha osservato che “a certain tendency to integrate the regional and universal systems for the protection of human rights can be perceived in the Convention”, facendo riferimento all’articolo 29(b) della Convenzione, il quale prevede che: “No provision of this Convention shall be interpreted as: (b) restricting the enjoyment or exercise of any right or freedom recognized by virtue of the laws of any State Party or by virtue of another convention to which one of the said states is a party”, e sostenendo che tale norma “prohibits a restrictive interpretation of rights in comparison with international standards”. La Corte ha avuto modo di osservare anche che:

the *corpus juris* of international human rights law comprises a set of international instruments of varied content and juridical effects (treaties, conventions, resolutions and declarations). Its dynamic evolution has had a positive impact on international law in affirming and building up the latter’s faculty for regulating relations between States and the individuals within their respective jurisdictions. This Court, therefore, must adopt the proper approach to consider this question in the context of the evolution of the fundamental rights of the individual in contemporary international law¹⁶⁴.

Occorre poi considerare che gli Stati della regione possono vantare un’eccellente partecipazione ai trattati delle Nazioni unite in materia di diritti umani, legittimando pertanto il ricorso da parte della Corte all’articolo 31(3)(c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

La dottrina ha messo in rilievo che il ricorso a fonti ‘esterne’ si giustificerebbe altresì in base ad argomenti diversi, ed in primo luogo in base alla ricostruzione degli stretti legami che intercorrono tra la Corte di Strasburgo e la Corte di San José, due istituzioni che condividerebbero la medesima ‘vision’, lo stesso identico mandato di promotrici di un regime oggettivo nei rispettivi contesti regionali. Cançado Trindade sottolinea che un medesimo approccio alla realizzazione degli obiettivi previsti dalle rispettive basi legali sarebbe ricavabile da una simile concezione dell’interpretazione dinamica dei diritti garantiti, da una comune concezione dei diritti come reali e concreti, nonché dalla identificazione di simili soluzioni in merito al regime delle riserve. In definitiva:

the European and the Inter-American Courts have constructed a converging jurisprudence as to the special nature of human rights treaties and the implications and consequences ensuing therefrom. This has been largely due to the overriding identity of the object and purpose of those treaties. The reassuring result has been a uniform interpretation of the

¹⁶³ In forza dell’articolo 64 della Convenzione. Nel parere consultivo sul diritto all’informazione in materia consolare, la Corte ha sostenuto che: “the individual’s right to information conferred by the Vienna Convention gives practical effect in concrete cases to the right of due process recognised by the ICCPR”: par. 40.

¹⁶⁴ V. Corte IA, *Ituango Massacres Case*, Series C, No. 148 (2006), par. 157.

international law of human rights. Thus, in turn, has contributed significantly to the development of international law in the present domain of protection¹⁶⁵.

Possono essere richiamati diversi esempi giurisprudenziali in cui il richiamo ad altri regimi sui diritti umani sia strumentale al raggiungimento di determinate conclusioni. Ad esempio, nel caso *Herrera Ulloa*, la Corte riassume la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di diffamazione, prima di concludere che sia “logical and appropriate that statements concerning public officials should be accorded a certain latitude¹⁶⁶”, così da tutelare il loro onore, ma sempre nel rispetto dei principi del pluralismo democratico. In altre situazioni, la Corte inter-americana ha fatto riferimento in modo meno ragionato a fonti esterne al fine di interpretare norme incluse nella Convenzione americana. In una nota decisione riguardante i bambini di strada in Guatemala, la Corte osserva che “[b]oth the American Convention and the Convention on the Rights of the Child form part of a very comprehensive international corpus juris for the protection of the child that should help this Court establish the content and scope of the general provision established in Article 19 of the American Convention¹⁶⁷”. Dando seguito ad una richiesta di parere consultivo da parte della Commissione inter-americana in merito ai diritti procedurali dei bambini privati della libertà o separati dalla loro famiglia, la Corte attinge ad un insieme di testi convenzionali o di soft-law, come le cosiddette Regole di Pechino o le Linee guida di Riyadh¹⁶⁸. La Corte non ha mancato di integrare nei suoi ragionamenti constatazioni su casi individuali e osservazioni conclusive del Comitato dei diritti umani¹⁶⁹, come anche ad una molteplicità di fonti di soft-law. Nella sentenza nel caso *Moiwana Village*, la Corte ha invocato gli UN Guiding Principles on Internal Displacement, i quali avrebbero la forza di “illuminate the reach and content of Article 22 of the Convention in the context of forced displacement¹⁷⁰”. Tale argomento è stato determinante nel permettere alla Corte di concludere che lo Stato ha violato i diritti dei membri della comunità Moiwana per il fatto di non aver intrapreso misure sufficienti al fine di facilitare il loro ritorno nelle loro terre tradizionali. Nel caso *Tibi*, la Corte ha fatto riferimento agli UN Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, al fine di constatare l’obbligo per gli Stati parti della

¹⁶⁵ V. Augusto Cançado Trindade, *The Interpretation of International Law of Human Rights by Two Regional Human Rights Courts*, in *Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergences, proceedings of the III Joint conference ASIL/Asser institute*, The Hague, 1996, pag. 162.

¹⁶⁶ V. Corte IA, *Herrera-Ulloa Case*, Series C, No. 107 (2004), par. 128.

¹⁶⁷ V. Corte IA, *Villagrán Morales Case*, Series C, No. 63 (1999), par. 194

¹⁶⁸ V. Corte IA, *Juridical Condition and Human Rights of the Child*, parere consultivo OC-17/02, Series A, No. 17 (2002).

¹⁶⁹ V. Corte IA, *Ricardo Canese Case*, *cit.*, par. 115–135, per riferiment al Commento generale 27 del Comitato dei diritti umani ONU; Corte IA, *Velásquez Rodríguez Case*, *cit.*, par. 28 (riferimento a views del medesimo Comitato); Yatama, *cit.* par. 208 (riferimenti al commento generale 25); *Raxcacó Reyes Case*, *cit.* par. 69 e 47.

¹⁷⁰ V. Corte IA, *Moiwana Village Case*, Series C, No. 124 (2005), par. 111 e 120, per un riferimento alla comunicazione individuale del Comitato dei diritti umani in *Jiménez Vaca c. Colombia*, communication No. 859/1999, contenuta nel documento delle Nazioni unite CCPR/C/74/D/859/1999.

Convenzione, in base all'articolo 5, di fornire cure rapide e adeguate ai detenuti¹⁷¹. In *Juan Humberto Sánchez*, la Corte si è basata sullo UN Manual on the Effective Prevention and Investigation of Extralegal, Arbitrary and Summary Executions, al fine di valutare i requisiti minimi per una seria ed effettiva investigazione di presunte esecuzioni extragiudiziali, in base agli articoli 8 e 25 della Carta¹⁷².

5.3. Il ricorso da parte della Commissione africana ad altri sistemi

Sono 17 i casi sino ad ora registrati in cui la Commissione africana ha fatto testualmente riferimento in sue decisioni a fonti provenienti da altri sistemi. Più precisamente, la Corte ha fatto riferimento a osservazioni generali del Comitato dei diritti umani (in 3 casi), a una decisione ex primo Protocollo facoltativo del medesimo Comitato, a decisioni della Corte inter-americana (3 casi) e a sei precedenti della Corte europea dei diritti dell'uomo. In generale, la dottrina ha giudicato la prassi della Commissione da questo punto di vista come non sistematica e irrazionale¹⁷³. Occorre tuttavia bilanciare quest'affermazione prendendo in considerazione alcune occasioni in cui la Commissione ha fatto un utilizzo strumentale di fonti e ragionamenti provenienti da altri sistemi. In relazione alla proibizione della tortura, la Commissione ha qualificato il contenuto dell'articolo 5 della Carta come estremamente prossimo a quello dell'articolo 3 CEDU, tanto da giustificare il possibile utilizzo della giurisprudenza di Strasburgo come strumento ausiliare di interpretazione¹⁷⁴. In altri casi, la Commissione, verosimilmente temendo critiche rispetto all'indipendenza del sistema africano dei diritti umani, la Commissione ha preso in considerazione fonti o giurisprudenza proveniente da altri sistemi, ma segnalando puntualmente la sua abilità ad operare un tale ricorso in base al dettato convenzionale. Ad esempio, nel caso *Media Rights Agenda c. Nigeria*, la Commissione ricorda di essere "abilitée par les articles 60 et 61 de la Charte africaine à s'inspirer de la législation internationale en matière des droits de l'homme et des peuples et de prendre en considération les mesures subsidiaires autres que les conventions internationales générales ou spéciales, les coutumes généralement acceptées comme lois, les principes généraux de droit reconnus par les Etats africains ainsi que la jurisprudence et la doctrine"¹⁷⁵. In tale caso, la Commissione fa riferimento al commento generale 13 del Comitato dei diritti umani sul diritto ad un equo

¹⁷¹ V. Corte I-A, *Tibi Case*, Series C, No. 114 (2004), par. 154. Nella stessa sentenza, la Corte cita la sentenza della Grande camera della Corte di Strasburgo nel caso *Kudla c. Polonia*, cit..

¹⁷² V. Corte I-A, *Juan Humberto Sánchez*, Series C, No. 99 (2003), parr. 127 e 128, per un riferimento ad una raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa sull'armonizzazione delle regole che disciplinano la medicina legale.

¹⁷³ V. Elisabeth Lambert-Abdelgawad, *La Commission africaine des droits de l'homme*, cit., pag. 168.

¹⁷⁴ V. in questo senso, nel caso *Huri Laws c. Nigeria*, 225/98, 28a sessione, 2000, par. 41.

¹⁷⁵ Caso 224/98, 28° sessione, novembre 2000, par. 51.

processo, il che le permette di stabilire una violazione dell'articolo 7 della Carta. Similmente, in *Civil liberties organisation, legal defence and assistance project c. Nigeria*, un caso concernente una presunta violazione derivante dalla tenuta a porte chiuse del processo penale di fronte ad un tribunale militare per un preteso colpo di stato, la Commissione - dopo aver preso atto del fatto che un obbligo relativo al diritto ad un processo pubblico non figura nella Carta, come nemmeno in strumenti di soft-law interni al sistema africano - fa riferimento allo stesso commento generale 13 del Comitato dei diritti umani, e ricorda le circostanze citate nell'articolo 14 del Patto che giustificano la tenuta a porte chiuse di un processo. Grazie a questi riferimenti esterni, la Commissione può concludere che “en dehors des ces circonstances exceptionnelles, la Commission considère qu'une audience doit être ouverte au public en général, y compris les membres de la presse, et ne doit pas par exemple se limiter uniquement à une catégorie donnée des personnes¹⁷⁶”.

Infine, un ulteriore esempio riguardante il rapporto tra organi deputati all'interpretazione rispettivamente di trattati regionali sui diritti umani e trattati universali è suggerito dalla Carta africana sui diritti ed il benessere dei bambini e degli adolescenti precedentemente menzionata; quest'ultima istituisce un Comitato di esperti deputato ad analizzare le misure intraprese dagli Stati parti al fine di attuare la Carta a livello nazionale sulla base di rapporti depositati periodicamente presso il suo Segretariato. Ebbene, al fine di promuovere forme di coordinamento con il rispettivo Comitato ONU, le Linee guida per la preparazione dei rapporti previsti dalla Carta africana nonché il Regolamento di procedura del relativo Comitato di esperti prevedono che “[a] State party that has already submitted to the UN Committee on the rights of the child a report based on the provisions of the Convention on the rights of the child may use elements of that report for the report that it submits to the Committee as required by the Children's Charter”. Il rapporto inviato al Comitato africano, dovrà concentrarsi su quelle aree specifiche alla Carta africana sui diritti ed il benessere dei bambini e dovrà specificare quelle azioni intraprese dallo Stato parte in relazione alle raccomandazioni formulate in precedenza dallo stesso Comitato africano “e/o dal Comitato delle Nazioni unite sui diritti dei bambini e degli adolescenti¹⁷⁷”. Anche tali previsioni, tuttavia, per il momento rimangono inattuate in attesa di una piena operazionalizzazione del Comitato.

¹⁷⁶ Caso 218/98, 29° sessione, marzo 2001, par. 35.

¹⁷⁷ V. documento Cmttee/ACRWC/2 II Rev 2.

CONCLUSIONI DELLA TERZA PARTE

Non potendo trattare in maniera esaustiva i molteplici aspetti del ruolo delle organizzazioni inter-governative internazionali nel campo dei diritti umani, ed in particolare della promozione della cooperazione in questo settore, ci siamo concentrati sulle funzioni tanto giurisdizionali o quasi-giurisdizionali, quanto di controllo e sui principali di organi istituiti e disciplinati dal diritto internazionale, e aventi.

La prima osservazione in sede conclusiva deve pertanto fare riferimento a due dimensioni che determinano una crescente incisività di tali organi nel promuovere forme di controllo dell'esercizio del potere pubblico. La prima consiste nell'estrema articolazione di tali organi, i quali svolgono funzioni diverse, a seconda della specifica situazione ed esigenza della vittima, ma tanto da rendere complessa la distinzione tra organi quasi giudiziali ed organi (puri) di controllo. Alcuni Treaty Bodies, ad esempio, non solo esercitano una funzione quasi-giurisdizionale, che consente loro di decidere le misure cautelari, ma svolgono anche azioni di tipo preventivo, ad esempio promuovendo, motu proprio, delle missioni di investigazione sul terreno, emettendo pubblici appelli urgenti, esprimendo preoccupazione riguardo a sviluppi legislativi che difficilmente si concilierebbero con gli obblighi convenzionali. La seconda dimensione riguarda la compresenza di tali organi al livello universale e al livello regionale. Di fatto, il processo di 'regionalizzazione' dei diritti umani risulta essere in pieno sviluppo, se solo si considera la recente entrata a regime della Corte africana per i diritti dell'uomo e dei popoli e l'istituzione di una Commissione ASEAN sui diritti umani, in quest'ultimo caso nell'ambito di un processo che viene definito esplicitamente come 'incrementale' nel rafforzamento della politica ASEAN in materia di diritti umani. Nonostante nell'agenda politica del sistema ONU dei diritti umani la questione del coordinamento tra sistemi regionali e sistema universale sia stata recentemente prioritizzata, bisogna riconoscere come allo stato l'istituzionalizzazione di tale cooperazione non appaia particolarmente sviluppata. Uno sviluppo recente consiste nella istituzione di 'punti focali' nei diversi sistemi di tutela dei diritti umani per il coordinamento tra regimi convenzionali sui diritti umani diversi, con lo scopo di limitare possibili casi di litispendenza, ma soprattutto di assistere le vittime o comunque i ricorrenti nell'inviduare l'organo di garanzia che in principio risulti maggiormente favorevole alla loro istanza. Più in generale, sulla base della prassi e della dottrina presa in considerazione, si deve concludere che il ricorso da parte di sistemi regionali alla giurisprudenza di altri sistemi, o dei Comitati onusiani, non sia stato sinora sistematico, ad esclusione di casi specifici in gli organi di garanzia hanno riconosciuto la peculiare esperienza di un altro sistema, e hanno giustificato in tale senso la decisione di attingere a tali fonti. Riteniamo esistano tuttora importanti margini per lo sviluppo di un tale 'dialogo tra giudici', anche alla luce dell'inserimento

sistematico in alcuni trattati di specifiche clausole al fine di stimolare gli organi di garanzia ad ispirarsi ad altri sistemi.

Abbiamo poi dedicato particolare attenzione alla questione dell'accoglimento da parte degli Stati di decisioni degli organi di garanzia. Particolare attenzione è stata dedicata alle decisioni degli organi sprovvisti del potere di pronunciare sentenze vincolanti, come anche agli organi di controllo, come prova della sempre crescente consapevolezza degli Stati dell'unitarietà sistematica del diritto dei diritti umani. In primo luogo, le decisioni dei Comitati ONU, tanto quelle di carattere generale come quelle relative a comunicazioni individuali rivestono la natura di accertamenti del diritto raggiunti *secondum jus*, obiettivi, imparziali, autorevoli e qualificati. Nel caso di decisioni dei Comitati onusiani, la prassi ha mostrato che in linea di principio gli Stati decidono spontaneamente di dare attuazione a tali decisioni, poiché percepiscono il momento dell'esecuzione di tali decisioni come derivante dall'obbligo di cooperazione in buona fede con i Comitati. Peraltro, è proprio l'esistenza di una prassi in casi in cui taluni Stati hanno contestato esplicitamente l'interpretazione dei Comitati a fornire la significativa riprova di come in linea generale gli Stati sono pronti ad accettare il ruolo dei Comitati nel provvedere a verificare in maniera autoritativa l'esistenza e la portata degli obblighi convenzionali in relazione a specifici casi concreti. L'acquiescenza degli Stati rispetto ad una particolare interpretazione dei Comitati, ed in particolare l'accertamento della violazione di uno specifico obbligo in materia di diritti umani, è altresì un elemento che contribuisce a determinare l'esistenza di un illecito internazionale e il quale giustifica l'invocazione della responsabilità da parte degli Stati. Tale affermazione assume forza in caso di semplice e sistematica inazione da parte di uno Stato rispetto alle decisioni del Comitato, il quale difficilmente può essere considerato come compatibile con l'obbligo di cooperazione in buona fede assunto attraverso la partecipazione ad un determinato trattato sui diritti umani. In questo contesto, il meccanismo, seppure troppo primitivo, di follow-up delle decisioni prese dai Comitati sulla base delle comunicazioni individuali e delle osservazioni conclusive, è di particolare importanza, perché tende ad istituzionalizzare un dialogo 'costruttivo' tra lo Stato parte ed il Comitato circa l'accertamento dei propri obblighi in materia di diritti umani.

In secondo luogo, abbiamo discusso la pregnanza giuridica delle valutazioni delle Procedure speciali, ossia dei mandati di Relatori speciali o Rappresentati speciali designati dal Consiglio dei diritti umani ONU, il cui fondamento va ricercato tanto nell'autorevolezza degli argomenti giuridici espressi, tanto nel fatto che gli Stati parti riconoscono l'attuazione a tali raccomandazioni come necessaria per assolvere all'obbligo di cooperazione internazionale in materia di diritti umani previsto nella base legale dell'Organizzazione (in primis, dagli articoli 55 e 56 della Carta delle Nazioni unite), e alla luce del fatto che l'organo politico che istituisce tali mandati (il Consiglio dei diritti umani) vigila continuamente sulla correttezza delle loro operazioni, e costituisce la sede in cui gli Stati possono manifestare il proprio dissenso rispetto

agli argomenti da esse addotti. Pertanto, nella misura in cui il mandato istitutivo di una determinata Procedura speciale preveda esplicitamente il compito di prendere in considerazione le informazioni fattuali ricevute da vittime e da Stati e di valutarle alla luce delle fonti applicabili di diritto internazionale, è da ritenere che le decisioni di tali mandati contribuiscano anch'esse all'accertamento dell'esistenza di un illecito internazionale. La crescente valenza giuridica dell'apporto di tali organi politici si riscontra anche attraverso il ricorso da parte di corti internazionali, in particolare dalla Corte inter-americana, che talora ha proceduto ad una sorta di 'validazione' delle raccomandazioni provenienti ad esempio dai Comitati onusiani, integrando tali raccomandazioni nel dispositivo di proprie sentenze aventi valore vincolante. Analogamente, le sentenze della Corte di Strasburgo riportano spesso ampio spazio ai rapporti del Comitato del Consiglio d'Europa per la prevenzione della tortura, senza necessariamente condividere le medesime conclusioni del Comitato, mentre in sede di esecuzione di tali sentenze il Comitato dei ministri fa ampio uso di informazioni contestuali provenienti da diversi organi del sistema dei diritti umani del Consiglio d'Europa.

La seconda considerazione conclusiva riguarda il ruolo del diritto dei diritti umani nello svolgere funzioni di orientamento della governance. In questo senso, abbiamo dato ampio rilievo alle modalità attraverso cui gli organi di garanzia sui diritti umani di carattere giurisdizionale, pur non rinunciando al loro ruolo principale in termini della 'erogazione' di una giustizia di tipo individuale, indicano nel dispositivo di sentenze vincolanti misure rimediali di carattere generale, la cui esecuzione necessariamente comporta un ruolo accresciuto di tali organi in sede di esecuzione, nonché un coordinamento strategico con gli organi politici del sistema diritti umani dell'organizzazione sui cui si innesta.

CONCLUSIONI GENERALI

Al termine della nostra indagine, possiamo evitare di riprendere in dettaglio le principali argomentazioni sviluppate, rinviando alle conclusioni parziali di ciascuna parte e, concentrare invece l'attenzione sui principali risultati raggiunti. Inoltre, possiamo chiederci se una lettura costituzionale del diritto dei diritti umani offra un valore aggiunto all'analisi del ruolo di tale corpus giuridico all'interno dell'ordine internazionale. E' legittimo considerare che un simile approccio descriva in buona parte fenomeni e caratteristiche già note in precedenza, e che pertanto non si giustifichi il ricorso alla nuova qualificazione di "costituzionale". Un po' come la rosa che, pur con nomi diversi, sempre manterrà il medesimo profumo, il diritto internazionale sarebbe portatore di una serie di innovazioni nell'ordine internazionale, tanto lo si inquadri come diritto costituzionale, come ordine pubblico internazionale o come corpus di norme istitutive di obblighi erga omnes. Tuttavia, riteniamo che una lettura costituzionale a tale diritto permetta di cogliere in maniera integrata e profonda il complesso contributo che il diritto dei diritti umani sta portando alla trasformazione del diritto internazionale. Infine, riteniamo che tale lettura non solo trovi una sua piena giustificazione dalla prospettiva dell'analisi giuridica, ma sia utile anche da una prospettiva di politica del diritto al fine del rafforzamento dell'attuazione e dell'efficacia del diritto dei diritti umani.

1. Cenni riassuntivi dell'indagine. La presente ricerca si è aperta con una ricostruzione del dibattito in dottrina teso ad indagare l'emergenza nell'ordine internazionale di una costituzione internazionale. Tale indagine ci ha permesso di pervenire ad una definizione di costituzionalizzazione che riteniamo trasversale e applicabile ai diversi approcci presi in considerazione. Sarebbe da intendersi per costituzionalizzazione dell'ordine internazionale quel processo di creazione di un'ideologia tendente alla clarificazione/istituzionalizzazione dei meccanismi per lo svolgimento delle seguenti funzioni costituzionali: da una parte, la creazione delle regole che disciplinano la produzione ed esecuzione delle norme, la definizione della soggettività e della giurisdizione, così come la struttura, la divisione e la distribuzione delle sfere di giurisdizione, nonché – in secondo luogo – la funzione di controllo del potere pubblico e orientamento delle sue finalità, attraverso la definizione e attuazione dei valori giuridici fondamentali della Comunità internazionale. Non abbiamo scelto di aderire a quelle posizioni che vedono allo stato la possibilità di rintracciare nell'ordinamento internazionale un unico strumento che integri adeguatamente le soprammenzionate funzioni, si tratti della Carta delle Nazioni unite, o in aggiunta ad esso di una serie di "trattati dell'ordine mondiale", e che pertanto concentrano la loro analisi in una comparazione tra tali strumenti e le costituzioni al

livello nazionale. La nostra ipotesi di lavoro è invece consistita nel confrontare il regime del diritto dei diritti umani, tanto da una prospettiva materiale quanto istituzionale, con la griglia interpretativa delle funzioni costituzionali. Per fare ciò, il nostro lavoro ha preliminarmente ricostruito l'ampio spazio dedicato al diritto dei diritti umani nell'ambito della dottrina giusinternazionalista che ha fatto ricorso a nozioni costituzionalistiche. La dottrina si è interessata particolarmente della seconda funzione costituzionale tipica, il controllo e orientamento della governance, al cui interno il diritto dei diritti umani assume un ruolo determinante. Alla luce di tale considerazione, il diritto dei diritti umani va considerato per definizione un diritto costituzionale, nel momento in cui la sua ragion d'essere consiste nel garantire agli Stati il rispetto di un determinato contegno in relazione alla situazione degli individui, e ben al di là di ciò di orientare l'azione di governo nei confronti di specifici obiettivi di promozione umana, attraverso l'imposizione di obblighi negativi e positivi. Non solo il diritto dei diritti umani si assume abbia valenza costituzionale perché svolge - in maniera incisiva - determinate funzioni costituzionali. Riteniamo che esso possa contribuire ad una più ampia costituzionalizzazione del diritto internazionale, nel momento in cui si considera il processo in corso di 'trasversalizzazione orizzontale' dei diritti umani negli altri settori del diritto internazionale, piuttosto che di autonomizzazione rispetto al 'tronco comune del diritto internazionale'.

Da una prospettiva materiale, tale affermazione si giustifica attraverso le peculiarità che caratterizzano la formazione e la resistenza delle norme sui diritti umani di diritto generale, ed il ricorso alle numerose soluzioni innovative integrate nell'ambito di produzione e attuazione di tale diritto convenzionale, le quali mirano ad un efficace adattamento di tali norme alla situazione speciale della tutela di individui. Inoltre, abbiamo sottolineato la predisposizione del diritto dei diritti umani a dare origine a regimi oggettivi il rispetto della cui integrità costituisce un interesse legittimo ed un dovere morale di ciascuno Stato partecipante a tale regime, se non addirittura un obbligo.

Particolare attenzione è stata data poi a dimostrare una influenza positiva del diritto dei diritti umani sulla costituzionalizzazione dell'ordine internazionale anche da un punto di vista istituzionale, non tanto, in considerazione del sofisticato grado di incisività nel controllo e orientamento della governance, controllo che sempre più opera a prescindere dal consenso puntuale dello Stato interessato. Un approccio costituzionale mette infatti l'accento sulle complesse modalità di garanzia di tale diritto, non limitandosi ad una considerazione degli effetti formali dell'atto finale del controllo, ma riconoscendo che meccanismi di controllo non-giurisdizionali, possono avere effetti altrettanto efficienti e funzionali. Gli organi giurisdizionali di garanzia, come quelli non-giurisdizionali di tutela dei diritti umani, svolgono la medesima attività sostanziale, in quanto entrambi determinano anzitutto i fatti rilevanti, sussumono poi tali fatti sotto le norme pertinenti, per valutarli e determinare quindi se quei fatti si concretano o

meno nella violazione delle norme alle quali sono stati ragguagliati. Nonostante non si rivelino in grado di portare all'adozione, contro lo Stato responsabile, di provvedimenti atti a vincolare giuridicamente la condotta di tale Stato, gli organi di controllo non-giurisdizionale sono idonei ad individuare le infrazioni delle norme internazionali cui attengono, ad instaurare un dialogo con lo Stato al fine di determinare la cessazione dell'illecito ed eventualmente giustificano l'attivarsi di altri soggetti nell'attuazione della responsabilità.

Nella dimostrazione della valenza costituzionale del diritto dei diritti umani da un punto di vista sia materiale che istituzionale, si è di fatto insistito sull'esigenza di applicare in maniera rigorosa ma piena al diritto dei diritti umani gli istituti esistenti del diritto internazionale, come ad esempio il regime della responsabilità dello Stato. In questo senso, riteniamo che un approccio costituzionale offra una griglia interpretativa utile a valorizzare la forza giuridica di tale diritto, come la pregnanza giuridica dei momenti diversi dell'accertamento e del controllo del diritto dei diritti umani, nonché i gradi diversi di accountability di ciascun attore che partecipa alle attività di controllo o accertamento dell'esecuzione dei diritti umani, contrastando pertanto quegli approcci che vedono nei diritti umani dei valori etici che occorre prendere in considerazione, o 'mainstream', nell'azione governativa.

L'incisività delle funzioni costituzionali promosse dal diritto dei diritti umani risulta chiara se si prendono in considerazione con maggiore dettaglio le seguenti considerazioni: la capacità di tale diritto di facilitare un'osmosi materiale tra ordinamenti internazionali e ordinamenti interni e ordinamenti sui generis; l'alto grado di osservanza spontanea degli Stati alle decisioni degli organi di controllo, che si giustifica con l'importanza attribuita a tale corpus giuridico; la capacità di tale diritto di porre in essere regimi oggettivi caratterizzati dalla tutela di interessi comunitari, e di garantirne l'integrità; la capacità di alimentare una logica cooperativa per la promozione e protezione dei diritti garantiti; la capacità di modificare radicalmente le finalità del diritto internazionale.

2. La natura costituzionale del diritto dei diritti umani nel rapporto tra ordinamenti. Il controllo dell'esercizio del potere pubblico previsto dal diritto dei diritti umani avviene a due livelli. Anzitutto, attraverso l'operato di organi interni allo Stato, per il tramite della 'domesticazione' della tutela di norme sui diritti umani di origine internazionale. Il diritto dei diritti umani prevede in generale un obbligo per gli Stati di permettere agli individui che ritengono di essere vittime di una violazione dei diritti garantiti dalla norma internazionale di ricorrere di fronte al giudice interno, il quale dovrà tenere conto della interpretazione della stessa norma data dal corrispettivo organo di controllo internazionale. I meccanismi internazionali di controllo dell'attuazione di tali norme - siano essi di natura giurisdizionale o quasi-giurisdizionale - rivestono quindi soltanto un ruolo complementare. E' in relazione sia

alla natura internazionale dell'origine delle norme sui diritti umani sia all'esistenza di specifiche procedure internazionali preposte alla verifica dell'attuazione di tali norme, al di là delle procedure disponibili in base al regime generale della responsabilità dello Stato, che si può parlare di un ruolo internazionale-costituzionale dei diritti umani nel controllo del potere pubblico. Il fatto che nella maggior parte dei casi tale controllo venga esplicato in relazione ad una condotta interna allo Stato stesso, non esclude la natura squisitamente internazionale di tale funzione costituzionale. Nella nostra indagine abbiamo osservato come un approccio costituzionalista valorizza e propone un superamento del dibattito monismo/dualismo offrendo uno schema concettuale rispetto al tema della osmosi materiale tra ordinamento internazionali e ordinamenti interni e ordinamenti sui generis, quale lo spazio giuridico dell'Unione europea. In questo senso, la costituzionalizzazione propone una griglia interpretativa che permette utilmente di valutare la continuità del rispetto degli obblighi in materia di diritti umani in relazione alle attività delle organizzazioni inter-governative nel caso in cui gli Stati membri di tali organizzazioni abbiano trasferito ad esse determinate competenze di governo, in aggiunta agli obblighi che si applicano a tali organizzazioni in base al diritto generale e particolare.

3. Il diritto dei diritti umani come riproduttivo di norme essenziali per la Comunità internazionale, quale giustificazione dell'alto coefficiente di accoglimento spontaneo delle decisioni degli organi di garanzia. La prassi presa in considerazione ha dimostrato come il diritto dei diritti umani goda di ampia legittimazione in quanto riproduttivo di norme considerate fondamentali per la Comunità internazionale. Gli Stati aderiscono su base volontaria a numerosi impegni convenzionali in materia di diritti umani, presumibilmente nel tentativo di dimostrare di condividere – con gli altri membri della Comunità internazionale – comuni standard o comunque ambizioni in questa materia. Abbiamo sottolineato che la prospettiva di poter essere soggetti alla sanzione dell'esclusione dal gruppo dei 'like-minded', come anche ad altre sanzioni sociali, come la pubblicità della violazione, le formulazioni di critiche e censure, la riprovazione morale e politica da parte dell'opinione pubblica internazionale, già svolgono un ruolo preventivo importante al fine di garantire l'attuazione di tale diritto. Questo dato spiega il significativo coefficiente di rispetto da parte degli Stati delle decisioni degli organi internazionali di garanzia sui diritti umani, sia che tali organi di garanzia svolgano funzioni di accertamento piuttosto che di puro controllo, in funzione principalmente della percepita autorevolezza del ragionamento di tali organi di indicare come gli obblighi applicabili allo Stato si applichino nel caso di specie. Riteniamo infatti inaccettabile l'interpretazione per cui l'esecuzione da parte dello Stato di richieste provenienti da organi di garanzia al livello internazionale si giustifichi sostanzialmente con la coincidenza di interessi congiunturali tra lo Stato e l'organizzazione internazionale. Anche la valutazione dell'organo internazionale non dotato di forza vincolante è interpretata dallo Stato come utile alla

comprensione degli obblighi volontariamente assunti, pur non essendo capace di eliminare ogni incertezza rispetto alla presunta violazione di una determinata norma. Si spiegherebbe in questo senso, come già avviene in numerosi contesti in relazione al controllo della discrezionalità da parte dell'esecutivo nel ricorso all'istituto della protezione diplomatica, l'emergere di legislazioni nazionali attraverso cui gli Stati decidano spontaneamente di vincolarsi all'attuazione di determinate decisioni degli organi di controllo internazionali dei diritti umani. L'esistenza di una prassi in casi in cui taluni Stati hanno contestato esplicitamente l'interpretazione dei Comitati a fornire la significativa riprova di come in linea generale gli Stati sono pronti ad accettare il ruolo dei Comitati nel provvedere a verificare in maniera autoritativa l'esistenza e la portata degli obblighi convenzionali in relazione a specifici casi concreti. L'acquiescenza degli Stati rispetto ad una particolare interpretazione dei Comitati, ed in particolare l'accertamento della violazione di uno specifico obbligo in materia di diritti umani, è altresì un elemento che contribuisce a determinare l'esistenza di un illecito internazionale e il quale giustifica l'invocazione della responsabilità da parte degli Stati. Tale affermazione assume forza in caso di semplice e sistematica inazione da parte di uno Stato rispetto alle decisioni del Comitato, il quale difficilmente può essere considerato come compatibile con l'obbligo di cooperazione in buona fede assunto attraverso la partecipazione ad un determinato trattato sui diritti umani. In questo contesto, il meccanismo, seppure troppo primitivo, di follow-up delle decisioni prese dai Comitati sulla base delle comunicazioni individuali e delle osservazioni conclusive, è di particolare importanza, perché tende ad istituzionalizzare un dialogo 'costruttivo' tra lo Stato parte ed il Comitato circa l'accertamento dei propri obblighi in materia di diritti umani.

In secondo luogo, abbiamo discusso la pregnanza giuridica delle valutazioni delle Procedure speciali, ossia dei mandati di Relatori speciali o Rappresentati speciali designati dal Consiglio dei diritti umani ONU, il cui fondamento va ricercato tanto nell'autorevolezza degli argomenti giuridici espressi, tanto nel fatto che gli Stati parti riconoscono l'attuazione a tali raccomandazioni come necessaria per assolvere all'obbligo di cooperazione internazionale in materia di diritti umani previsto nella base legale dell'Organizzazione (in primis, dagli articoli 55 e 56 della Carta delle Nazioni unite), e alla luce del fatto che l'organo politico che istituisce tali mandati (il Consiglio dei diritti umani) vigila continuamente sulla correttezza delle loro operazioni, e costituisce la sede in cui gli Stati possono manifestare il proprio dissenso rispetto agli argomenti da esse addotti. Pertanto, nella misura in cui il mandato istitutivo di una determinata Procedura speciale preveda esplicitamente il compito di prendere in considerazione le informazioni fattuali ricevute da vittime e da Stati e di valutarle alla luce delle fonti applicabili di diritto internazionale, è da ritenere che le decisioni di tali mandati contribuiscano anch'esse all'accertamento dell'esistenza di un illecito internazionale. Abbiamo

Infine, nulla vieta di ipotizzare che progressivamente gli Stati sciolgano le iniziali cautele nei

confronti dell'azione di organi internazionali capaci di sindacare di comportamenti in maniera definitiva in relazione al diritto dei diritti umani; si potrebbe ritenere, ad esempio, che con lo svilupparsi del processo di standard-setting dei diritti umani in aree sempre più prossime ad interessi economici, come in materia di rispetto dei diritti umani da parte dell'impresa, sorga la necessità di rafforzare gli organi internazionali di accertamento di tale diritto. Al fine di permettere una diminuzione di tali cautele, e di rafforzare l'autorevolezza degli organi di controllo, occorre garantire una migliore qualità delle decisioni di tali organi. Al fine di continuare a garantire da una parte la promozione di soluzioni favorevoli all'individuo ma pur sempre nell'ambito dello sviluppo progressivo del diritto internazionale generale, si ritiene centrale il processo di cooperazione e coordinamento tra le istanze universali e regionali di tutela ai diritti umani. Al tempo stesso, si auspica anche ad un ricorso più attivo alla Corte internazionale di giustizia, tanto in relazione a casi di accertamento di violazioni di trattati sui diritti umani, come peraltro previsto dagli stessi trattati, come anche nell'interpretazione di questioni chiave affrontate dagli organi di garanzia.

4. *Un approccio costituzionale al diritto dei diritti umani valorizza la capacità di tale diritto di porre in essere regimi oggettivi caratterizzati dalla tutela di interessi comunitari, e di garantirne l'integrità.* Il diritto dei diritti umani, tanto quello generale quanto quello particolare, è predisposto a dare vita a 'regimi oggettivi' caratterizzati dalla promozione di standard uniformi di tutela e promozione di diritti individuali, in maniera sempre più indipendente rispetto al consenso dello Stato. Quest'affermazione contribuisce a comprendere meglio il grado di incisività della funzione costituzionale di controllo, poiché coglie le innovazioni previste dal diritto dei diritti umani in termini di attuazione ed attivazione della responsabilità in caso di illecito. Quando descriviamo il porsi in essere di regimi oggettivi intendiamo riferirci al fatto che il diritto dei diritti umani, nell'ambito del regime della responsabilità, presenta delle innovazioni che vanno al di là della progressiva istituzionalizzazione delle reazioni all'illecito internazionale, al ruolo complementare svolto dagli Stati non direttamente lesi, all'esistenza di un eventuale 'dovere' degli Stati di cooperare al fine di garantire la cessazione di una violazione di un obbligo erga omnes o al limite – possibilità che non è stata esplicitamente esclusa dalla Commissione del diritto internazionale – che un simile dovere esista in capo ai singoli Stati. Riteniamo invece in atto l'emergere di una norma primaria relativa all'obbligo per ciascuno Stato parte a regimi oggettivi in materia di diritti umani di garantire l'integrità di tali regimi e, pertanto, di pretendere il rispetto dalle altri partecipanti di tali regimi delle relative norme. Ci siamo dunque chiesti quali strumenti esistano al fine di accertare il verificarsi di un illecito in maniera autorevole, al fine anche di prevenire casi di autoaccertamento soggettivo o autoaccertamento unilaterale della responsabilità attraverso cui uno Stato cerchi di piegare il diritto internazionale secondo una sua peculiare interpretazione, eventualmente anche etica. Una valutazione degli

organi internazionali può legittimare gli Stati terzi al fine di invocare la responsabilità di uno Stato, attraverso una pluralità di strumenti, i quali possono essere stricto sensu giuridici (l'attuazione piena della responsabilità, ma anche – ad esempio – la protestazione di una riserva che sia stata precedentemente dichiarata incompatibile con lo scopo di un trattato da un Treaty Body), ma anche canali diplomatici o puramente politici, tra cui l'applicazione di regole di condizionalità alle politiche commerciali o di assistenza allo sviluppo. Nella seconda parte del lavoro abbiamo dimostrato come esista di fatto una prassi significativa di invocazione della responsabilità dello Stato da parti di altri Stati e di organizzazioni internazionali quali l'Unione europea per violazione di norme sui diritti umani. Tuttavia, di fatto, la gran maggioranza delle violazioni di diritto dei diritti umani si svolgono nell'inazione della comunità internazionale, o comunque determinano reazioni non sistematiche, la cui prioritizzazione è verosimilmente condizionata da considerazioni politiche, o non inadeguate. Una volta dimostrato che l'invocazione del regime della responsabilità per violazioni del diritto dei diritti umani si realizza anche al di fuori dei regimi speciali istituiti dal diritto dei diritti umani e al di fuori delle organizzazioni internazionali, occorre anche considerare che queste ultime, già nella dimensione inter-governativa di piattaforma diplomatica, costituiscono una sede privilegiata per la promozione di 'un dialogo costruttivo' sulla promozione e protezione di obblighi sui diritti umani. Meccanismi come lo Universal Periodic Review in seno al Consiglio ONU dei diritti umani risultano essere particolarmente promettente perché di fatto contribuisce a dare 'esecuzione' alle raccomandazioni dei comitati sui diritti umani come anche alle istanze di altri Stati. Inoltre, il contesto in cui tali discussioni si svolgono solleva un altro dato interessante: nell'ambito dello Universal Periodic Review, una serie di considerazioni – non ultima la pressione parlamentare e della società civile – portano di fatto i governi a decidere di sollevare in maniera sistematica questioni di rispetto dei diritti umani nei confronti di virtualmente tutti gli altri Stati. Tuttavia, al fine di evitare accuse di incoerenza o di applicazione della logica dei "due pesi e due misure", lo Stato che interverrà sarà interessato, ogni volta che intende sollevare una determinata questione nei confronti di un altro Stato, a verificare la sua posizione interna in relazione alla medesima materia, il che corrisponde ad un processo che risulta essere già meritevole, e ad esporsi alle critiche di terzi nel caso in cui decida effettivamente di pronunciare un simile intervento.

5. Il diritto dei diritti umani è costituzionale perché alimenta una logica cooperativa per la promozione e protezione dei diritti garantiti. Abbiamo già fatto riferimento alla specialità del diritto dei diritti umani nel porre in essere organi di garanzia diversi e tra loro complementari, Agli organi che svolgono funzioni di accertamento e a quelli che svolgono funzioni di controllo vanno anche aggiunti organi di natura politica, come il Consiglio dei diritti umani, il quale non ultimo svolge un'importante funzione di produzione normativa, che comprende la produzione di

documenti di soft-law in materie nuove o di chiarificazione ed ulteriore sviluppo sostanziale in materie già esistenti; sebbene effettivamente non tutti gli Stati esprimano supporto a tali processi normativi nella loro fase finale di adozione, occorre sottolineare come praticamente tutti gli Stati siano attivi in fase di negoziazione, confrontino le amministrazioni interne con tali sviluppi e comunque rimangano ad essi esposti. Ebbene, un dato saliente che caratterizza il ruolo di tali organi è caratterizzato dal fatto che tutti pongono in essere un dialogo costruttivo con gli Stati. Tale funzione è determinante al fine di garantire l'attuazione in particolare degli obblighi positivi previsti dal diritto dei diritti umani, il che corrisponde alla valorizzazione della funzione costituzionale quale quella di 'orientamento della governance'.

Evidentemente, tale dialogo tra Stato e organi di garanzia costituisce il principale obiettivo degli organi di tutela non aventi la facoltà di produrre decisioni vincolanti. In materie sensibili alla sovranità nazionale, come può essere ad esempio la programmazione della politica nazionale in materia di assistenza sanitaria, un meccanismo di controllo risulta essere non solo più accettabile al consenso dello Stato, ma eventualmente anche più appropriato, nel momento in cui concerne il bilanciamento di scelte politiche nell'interesse generale. Tale dialogo costruttivo ha una sua pregnanza giuridica, nel momento in cui viene interpretato dagli organi di controllo come strumentale al fine di articolare l'obbligo di cooperazione dello Stato nei confronti dell'organo.

E' tuttavia particolarmente interessante analizzare il ricorso che anche gli organi di garanzia di carattere giurisdizionale hanno fatto ad un tale dialogo costruttivo. Organi giurisdizionali come la Corte inter-americana o la Corte di Strasburgo sempre più approfittano della considerazione di casi individuali, qualora tali casi siano lo specchio di una situazione strutturale di violazione dei diritti umani, per impegnarsi in un dialogo con il Paese, tanto in fase di conciliazione amichevole e partecipazione indiretta alla fase di esecuzione delle sentenze, ma ora anche in maniera diretta attraverso l'indicazione di misure di carattere generale o – nel caso della Corte di Strasburgo - nel processo di discussione dell'opportunità di emettere una decisione pilota.

6. Il diritto dei diritti umani come diritto costituzionale e la posizione dell'individuo. Il porsi in essere di meccanismi sopranazionali di tutela dei diritti umani, i quali hanno la facoltà di svolgere determinate iniziative a prescindere dal consenso statale, tende anche a bilanciare l'accento posto nel nostro lavoro - paradossalmente – sulla centralità del ruolo dello Stato, o tutt'al più delle organizzazioni internazionali inter-governative, come principali destinatari delle norme di diritto internazionale sui diritti umani. Ciò risulta evidente se si considera che la nostra griglia interpretativa, a differenza di approcci tesi ad interpretare il ruolo dei diritti umani nel processo di globalizzazione, non può fare a meno di inquadrare la rilevanza internazionale di

determinate violazioni dei diritti umani causate dalle attività delle imprese attraverso la prospettiva principale della responsabilità dello Stato.

Una metafora efficacemente utilizzata in dottrina per riferirsi al ruolo principale degli Stati nell'attuazione del diritto dei diritti umani è quella che vede un branco di lupi fare da guardia ad un pollaio. Da una prospettiva di politica del diritto, riteniamo tuttavia strategicamente importante che il ruolo e la responsabilità degli Stati e della Comunità internazionale nel rispetto collettivo dei diritti umani venga pienamente valorizzato, non ultimo perché si basa su argomenti giuridici realistici. Detto ciò, sebbene la nostra ricerca non abbia affronto direttamente il problema, il diritto dei diritti umani ha indubbiamente rafforzato il ruolo dell'individuo e di associazioni di individui di influire nelle relazioni internazionali e nella formazione, attuazione e accertamento del diritto internazionale. L'accertamento di una violazione da parte di un organo di accertamento offre una titolarità all'individuo ad un rimedio. Lo stesso può dirsi nel caso di organi di controllo non-giurisdizionali, sebbene allo stato di sviluppo del diritto internazionale una simile richiesta si articoli essenzialmente al livello dell'azione politica, ed in particolare attraverso il controllo parlamentare o per il tramite di sanzioni di carattere sociale. Di fatto, in base al diritto internazionale dei diritti umani, facendo uso del diritto di petizione ad una Procedura speciale del Consiglio dei diritti umani, a prescindere peraltro dall'esaurimento dei ricorsi interni, un individuo può ottenere una valutazione autoritativa circa la compatibilità di un determinato contegno statale con i rispettivi obblighi in materia di diritti umani. Ciò può avvenire addirittura in maniera preventiva rispetto all'insorgere di una controversia giuridica o di un illecito, come nel caso della presentazione di un progetto legislativo la cui adozione potrebbe comportare una violazione degli obblighi giuridici dello Stato. Abbiamo inoltre dato risalto al fatto che gli organi di garanzia sempre più fanno ricorso agli argomenti e all'analisi di tali Procedure speciali, e di fatto determinano un processo di trasformazione della natura giuridica di un'istanza di protesta individuale. I medesimi obiettivi relativi alla garanzia immediata del rispetto dei diritti umani sono svolti dalle misure temporanee richieste ad esempio da parte della Commissione inter-americana dei diritti umani.

7. Il diritto dei diritti umani e la funzione di trasformazione della società. In sintesi, una lettura costituzionale del diritto dei diritti umani di per sé non è capace della magia di modificare la configurazione decentralizzata dell'ordine internazionale. Tuttavia, abbiamo osservato come tale approccio offra un potente strumento per promuovere l'attuazione della responsabilità per violazione dei diritti umani secondo interessi comunitari che vengono progressivamente definiti ad un livello sopranazionale che prescinde sempre di più dal consenso del singolo soggetto. In tale modo, l'ordinamento, invece di limitarsi a legittimare un soggetto al compimento di una certa attività, viene investito di un preciso ruolo sociale; anzi, la

giuridificazione dell'esigenza di promuovere fini sociali è manifesta nell'indicazione di obblighi positivi di progressiva realizzazione. Per tali ragioni, il diritto dei diritti umani è profondamente costituzionale, perché se è vero che ancora non ne ha modificato la struttura, ha certamente innovato le finalità del diritto internazionale.

BIBLIOGRAFIA

A. Monografie

Georges Abi-Saab e Hazel Fox (a cura di), *The Changing Constitution of the United Nations*, London: B.I.I.C.L, 1997.

Gudmundur Alfredsson *et alii* (a cura di), *International Human Rights Monitoring Mechanisms – Essay in Honour of Jakob Th. Möller*, Leiden: Nijhoff, 2009.

Philip Allot, “The Emerging Universal Legal System”, *International Law Forum du droit international*, The Hague: Kluwer international, 2001.

_____, *Eunomia – New Order for a New World*, Oxford [etc]: Oxford University Press, 1990.

Philip Alston (acura di), *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*, Oxford: OUP, 1992.

_____ e James Crawford, *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, Oxford: OUP, 2000.

_____ e Mary Robinson (a cura di), *Human Rights and Development: Towards Mutual Reinforcement*, Oxford, OUP, 2005.

José Alvarez, *International Organizations as Law-makers*, Oxford: OUP, 2005.

Nisuke Ando *et alii* (a cura di), *Liber Amicorum Judge Oda*, The Hague: Kluwer, 2002.

Elisabeth Back Impallomeni, *Il principio rebus sic stantibus nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*, Milano: Giuffrè, 1974.

Giorgio Balladore Pallieri, *Diritto internazionale pubblico*, Milano: Giuffrè, 1962 (VIII edizione).

Lambertus A.N.M. Banhoorn e Karel Wellens, *Diversity in Secondary Rules and the Unity in International Law*, The Hague: Nijhoff, 1995.

Theo Barkhuysen, M L van Emmerik e Piet Hein van Kempen (a cura di), *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order*, The Hague: Martinus Nijhoff, 1999.

Anne F. Bayefsky, *The UN Human Rights Treaty System: Universality at the Crossroads*, Ardsley, NY: Transnational Publishers, 2001.

_____, *How to Complain in the UN Human Rights Treaty*, The Hague: Kluwer, 2003.

Richard Bellamy (a cura di), *Constitutionalism, Democracy and Sovereignty: American and European Perspectives*, Asgate, Avebury, 1996.

Rafâa Ben Achour *et Slim Laghmani* (a cura di) *Droit international et droits internes, développements récents*, Paris, Pédone, 1998.

Rudolf Berhardt e John Anthony Jolowicz (a cura di), *International Enforcement of Human Rights*, Berlin: Springer, 1987.

Robert Blackburn e Jörg G . Polakiewicz (a cura di), *Fundamental Rights in Europe: The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000*, Oxford: OUP, 2001.

Norberto Bobbio, *L'Età dei diritti*, Torino: Einaudi, 1990.

Armin von Bogdandy and Jürgen Bast (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford, 2006.

Laurence de Boisson de Chazournes e Vera Gowlland-Debbas, (a cura di.) *L'ordre juridique internationale, un système en quête d'équité et d'universalité – Liber amicorum Georges Abi-Saab*, The Hague: Nijhoff, 2001.

Alan Boyle e Michael Anderson (a cura di), *Human Rights Approaches to Environmental Protection*, Oxford: Clarendon Press, 1996.

Stephan Breitenmoser et alii (a cura), *Human Rights, Democracy and the Rule of Law – Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Dike, Nomos, 2007.

Jürgen Bröhmer [et alii.], *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte : Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag am 21. Januar 2005*, Köln [etc.] : Heymann, 2005.

Luzius Caflish et alii (a cura di), *Liber amicorum Luzius Wildhaber : Human rights- Strasbourg views*, Kehl: Engel, 2007.

Augusto Cançado-Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, CUP, 1983.

_____, *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles: Bruylant, 2005.

Enzo Cannizzaro (a cura di), *The European Union as an Actor in International Relations*, The Hague: Kluwer Law International, 2002.

Antonio Cassese, *Il controllo internazionale: contributo alla teoria delle funzioni di organizzazione dell'ordinamento internazionale*, Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza della Università di Pisa, Istituto di diritto internazionale D. Anzilotti, 1971.

_____, *International Law in a Divided World*, Oxford: Clarendon, 1986.

_____, *International Law*, Oxford, OUP, II edition, 2004.

_____, *Diritto internazionale*, Bologna: Il Mulino, 2006.

Deborah Z. Cass, *The Constitutionalization of the World Trade Organization: Legitimacy, Democracy and Community in the International Trading System*, Oxford: OUP, 2005.

Régis Chemain e Alain Pellet (a cura di), *La Charte des Nations unies. Une Constitution mondiale?*, Paris : Pedone: 2006.

Andrew Clapham, *Human rights obligations of non-state actors*, Collected courses of the Academy of European Law, vol. 15/1, Oxford: OUP, 2006.

Gerard Cohen-Jonathan e Jean-François Flauss (a cura di), *La Reforme du système de contrôle contentieux de la Convention européenne des droits de l'homme, Droit et Justice*, Vol. 61, Bruxelles: Bruylant, 2005.

Marcelo Cohen (a cura di), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through international law: Liber amicorum George Abi-Saab*, Leiden: Nijhoff, 2007.

Luigi Condorelli, *Il giudice italiano e i trattati internazionali. Gli accordi "self-executing" e non "self-executing" nell'ottica della giurisprudenza*, Padova, Cedam, 1974.

_____ et alii (a cura di) *Mélanges en homage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles: Bruylant, 2004.

Benedetto Conforti e Francesco Francioni, *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, The Hague [etc.]: Nijhoff, 1997.

_____, *Diritto internazionale*, Napoli: Ed. Scientifica, 2006 (7° edizione).

Thomas Cottier (a cura di), *The Challenge of WTO Law: Collected Essays*, London: Cameron May, 2007.

James Crawford, *International Law as an Open System*, London: Cameron May, 2002.

_____, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Oxford: OUP, 2002.

_____, Alain Pellet, Simon Olleson (a cura di), *The law of international responsibility*, Oxford: OUP, 2010.

Marise Cremona (a cura di), *Developments in EU external relations law, Collected Courses of the Academy of European Law, XVII/1*, Oxford: OUP, 2008.

Veio Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova: Cedam, 1976.

Emmanuel Decaux, *L'OSCE trente ans après l'acte final de Helsinki : sécurité coopérative et dimension humaine*, Paris: Pedone, 2008.

Pasquale De Sena, *Diritto internazionale e immunità funzionale degli organi statali*, Milano : Giuffrè, 1996.

_____, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino: Giappichelli, 2002.

Angela di Stasi, *Il sistema americano dei diritti umani. Circolazione e mutamento di una international legal tradition*, Torino: Giappichelli, 2004.

Jack Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Ithaca, Cornell University Press, 1989.

Malcolm Evans (a cura di), *Remedies in International law – The institutional dilemma*, Oxford: OUP, 1998.

_____ e Rachel Murray (a cura di), *The African Charter on Human and Peoples' Rights. The System in Practice 1986-2000*, Cambridge: CUP, 2002.

Bardo Fassbender, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2009.

Louis Favoreu (a cura di), *Au carrefour des droits – Melanges en l'honneur de Louis Dubois*, Paris:

Dalloz, 2002.

Andreas Fischer-Lescano (a cura di), *Frieden in Freiheit = Peace in liberty = Paix en liberté: Festschrift für Michael Bothe zum 70*, Baden Baden: Nomos, 2008.

Jean-François Flauss (a cura di), *La protection diplomatique –mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles: Bruylant, 2003.

Laura Forlati Picchio, *Le Nazioni unite*, Torino: Giappichelli, 1998.

Serena Forlati, *Diritto dei trattati e responsabilità internazionale*, Milano: Giuffrè, 2005.

Thomas M. Franck e Gregory H. Fox (a cura di), *International Law Decisions in National Courts*, Irvington-on-Hudson, N.Y.: Transnational, 1996.

Wolfgang Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, London: Stevens & Sons, 1964.

Olivier de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'Homme en droit international: régime conventionnel des droits de l'Homme et droit des traités*, Paris : Pedone, 2004.

Jochen A. Frowein *et alii*, *Verhandeln für den Frieden : liber amicorum Tono Eitel*, Berlin: Springer, 2003.

Jack Goldsmith e Eric Posner, *The Limits of International Law*, Oxford: OUP, 2005.

Steven Greer, *The ECHR: Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge: CUP, 2006.

Mirkine Guetzévich, *Droit constitutionnel international*, Paris : Librairie du recueil Sirey, 1933.

Jürgen Habermas, *The Postnational Constellation: Political Essays*, Cambridge: MIT Press, 2001.

Gerard Hafner (a cura di) *Liber Amicorum Seidl-Hohenfeldern*, The Hague [etc.] : Kluwer Law International, 1998.

Raija Hanski e Markku Suksi (a cura di), *An Introduction to the International Protection of Human Rights: A Textbook*, 2a ed, Turku/Åbo: Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, 2000.

Ludovic Hennebel, *La jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations unies – le Pacte et son mécanisme de protection individuelle*, Bruxelles: Bruylant, 2007.

Christof Heyns, e Frans Viljoen, *The Impact of the United Nations Human Rights Treaties on the Domestic Level*, The Hague: Kluwer Law International, 2002.

Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford: Clarendon Press, 1994.

Moshe Hirsch, *The responsibility of international organizations toward third parties: some basic principles*, Dordrecht: Nijhoff, 1995.

André de Hoogh, *Obligations Erga Omnes and International Crimes - A Theoretical Inquiry into the Implementation.*, The Hague, Kluwer Law International, 1996.

Menno T. Kamminga, *Inter-State Accountability for Violations of Human Rights*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992.

Helen Keller e Stone Sweet (a cura di), *A Europe of Rights : the Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford: OUP, 2008.

Hans Kelsen, *Principles of International Law*, New York: Rinehart & Company, Inc., 1952.

Jan Klabbers, *An introduction to international institutional law*, Cambridge: CUP, 2009.

_____, Anne Peters, e Geir Ulfstein (a cura di), *The constitutionalization of international law*, Oxford: OUP, 2010.

Pierre Klein, *La responsabilité des organisations internationales: dans les ordres juridiques internes et en droit de gens*, Bruxelles: Bruylant, 1998.

Martti Koskeniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge: CUP, 2^o edizione: 2005.

_____, (a cura di), *La succession d'états: la codification à l'épreuve des faits*, The Hague : Nijhof, 2006.

Philip Kuning et alii (a cura di), *Regional Protection of Human Rights by International Law: The Emerging African System*, 1985.

Harold D. Lasswell e Myres McDougal, *Jurisprudence for a Free Society*, Leiden: Nijhoff, 1992.

Philip Leach et alii (a cura di), *Responding to Systematic Human Rights Violations – An Analysis of 'Pilot Judgements' of the ECHR and their impact at national level*, Antwerp: Intersentia, 2010.

Douglas Lewis (a cura di), *Global Governance and the Quest for Justice – Volume I: International and Regional Organisations*, Oxford: Hart Publishing, 2006.

Paul Mahoney et alii (a cura di), *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne. Protecting Human Rights: The European Perspective. Mélanges à la mémoire de Studies in memory of Rolv Rysdal*, Köln: Heymanns, 2006.

Sergio Marchisio e Fabio Raspadori, *L'Italia e i diritti umani*, Padova: CEDAM, 1995.

Franz Matscher e Petzold, *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in Honour of Gérard J. Wiarda*, Köln: Heymanns, 1990.

Ronald St. John Macdonald e Douglas M. Johnston (a cura di.), *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2005.

Myres S. McDougal e W. Michael Reisman, *International Law Essays: A Supplement to International Law in Contemporary Perspective*, Mineola, NY : Foundation Press, 1981.

Dominic McGoldrick, *The Human Rights Committee – Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford: Clarendon, 1994.

Theodor Meron, *Human Rights in International Law – Legal and Policy Issues*, Oxford: Clarendon, 1984.

John Morrison, Kieran McEvoy e Gordon Anthony (a cura di), *Judges, Transition and Human Rights*, Oxford, OUP, 2007.

Jakob Th. Möller e Alfred de Zayas, *UN Human Rights Committee Case Law 1977-2008*, Kehl am

Rhein: Engel, 2009.

Gaetano Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*, Padova: CEDAM, 1967.

Costantino Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, Milano: Giuffrè, 1940.

Mutoy Mubiala, *Le système régional africaine de protection des droits de l'homme*, Bruxelles: Bruylant, 2005.

Rachel Murray, *Human Rights in Africa. From the OAU to the African Union*, Cambridge: CUP, 2004.

Janne Nijman e André Nollkaemper (a cura di), *New Perspectives on the Divide between National and International Law*, Oxford: OUP, 2007.

Jo M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge: CUP, 2003.

Ingolf Pernice e Jirí Zemánek, (a cura di), *A Constitution for Europe : The IGC, the Ratification Process and Beyond*, Baden-Baden: Nomos, 2005.

Ernst-Ulrich Petersmann, *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, Fribourg: University Press, 1991.

_____, *Human rights, constitutionalism and international economic law in the 21st century*, London: Hart, 2010.

Jarna Petman e Jan Klabbers (a cura di), *Nordic Cosmopolitanism: Essays in International Law for Martii Koskenniemi*, Leiden: Nijhoff, 2003.

Alessandra Petrobon, *Il sinallagma negli accordi internazionali*, Padova: CEDAM, 1999.

Laura Pineschi (acura di), *La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*, Milano: Giuffrè, 2006.

Pasquale Pirrone, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano: Giuffrè, 2004.

Maurizio Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford: Clarendon Press, 2000.

_____, (a cura di), *International responsibility today : essays in memory of Oscar Schachter*, Leiden: Brill, 2005.

Guido Raimondi, *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2008.

Manuel Rama-Montaldo (a cura di), *El derecho internacional en un mundo en transformación: liber amicorum: en homenaje al professor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo: Fundacion universitaria, 1994.

Bernard Ramcharan, *Humanitarian Good Offices in International Law*, The Hague: Kluwer, 1983.

Albrecht Randelzhofer e Christian Tomuschat, *State Responsibility and the Individual, Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, The Hague: Kluwer, 1999.

- Fabio Raspadori, *I trattati internazionali sui diritti umani ed il giudice italiano*, Milano: Giuffrè, 2000.
- Allan Rosas e Jan Helgesen (eds), *Human Rights in a Changing East/West Perspective*, London: Pinter, 1990.
- Georges Scelle, *Précis de droit des gens : principes et systématique - II: Droit constitutionnel international. Les libertés individuelles et collectives*, Paris, Recueil Sirey, 1932.
- _____, *Précis de droit des gens : principes et systematique*, Paris : Recueil Sirey, 1934.
- _____, *Manuel de droit international public*, Paris: Domat-Montchrestien, 1948.
- Martin Scheinin e Menno Kamminga (a cura di), *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford: OUP, 2009.
- Dinah Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- _____, *Commitment and Compliance*, Oxford:OUP, 2003.
- _____(a cura di), *Regional Protection of Human Rights*, Oxford, OUP, 2008.
- Christoph Schreuer (a cura di), *Oxford Handbook of International Investment Law* , Oxford: OUP, 2008.
- Bruno Simma (a cura di) *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Oxford: OUP, 2002 (2a edizione).
- Giuseppe Sperduti, *La fonte suprema nell'ordinamento internazionale*, Milano: Giuffrè, 1946.
- Marina Spinedi, Alessandra Gianelli, Maria Luisa Alaimo (a cura di), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti : problemi e spunti di riflessione*, Milano: Giuffrè, 2006.
- Henry J. Steiner, Philip Alston, *International Human Rights in Context*, Oxford: OUP, 2008.
- Frédéric Sudre, *La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des Nations unies – les communications individuelles*, Montpellier, CEDH, 1995.
- Christian J. Tams, *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*, Cambridge: CUP, 2005.
- Christian Tomuschat (a cura di), *The United Nations at Fifty: A Legal Perspective*, Leiden: Kluwer, 1995.
- _____(a cura di), *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Dordrecht: Brill, 2005.
- _____, e Jean-Marc Thouvenin (a cura di), *The Fundamental Rules of the International Legal Order, Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, The Hague, Nijhoff, 2006.
- Nicholas Tsagourias,(a cura di.) *Transnational Constitutionalism*, Cambridge: CUP, 2007.
- Tullio Treves, *Le controversie internazionali*, Milano: Giuffrè, 1999.
- _____, *Diritto internazionale – problemi fondamentali*, Milano: Giuffrè, 2005.
- Karel Vasak, Jean Graven, René Cassin (a cura di), *René Cassin amicorum discipulorumque liber, t.4*,

Méthodologie des droits de l'homme, Paris, Pedone, 1969.

Alfred Verdross, *Völkerrecht*, Wien: Springer-Verlag, (II edizione: 1950).

_____, *Völkerrecht*, Wien: Springer-Verlag, (V edizione, 1964).

_____, *Die Quellen des universellen Völkerrechts: Eine Einführung*, Freiburg: Rombach, 1973.

_____ e Bruno Simma, *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, Berlin: Duncker und Humblot, 1984 (III edizione).

Edward Watson MacWhinney (a cura di), *The Evolution of International Law since the Foundation of the U.N: With Special Emphasis on the Human Rights*, Thessaloniki: Institute of International Public Law and International Relations of Thessaloniki, 1990.

Anne Weber, *Les mécanismes de contrôle non contentieux du respect des droits de l'homme*, Paris: Pedone, 2008.

Joseph H. Weiler, Antonio Cassese e Marina Spinedi (a cura di), *International Crimes of States*, Fiesole: European University Institute. Series A, Law: 10, 1989.

_____ e Marlene Wind, *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge [etc.]: Cambridge University Press, 2003.

Karen Wellens (a cura di), *International Law: Theory and Practice. Essays in Honour of Eric Suy*, The Hague: Nijoff, 1998.

_____, *Remedies Against International Organizations*, Cambridge: CUP, 2002.

Erika de Wet, *The Chapter VII Power of the United Nations Security Council*, Oxford [etc.]: Hart, 2004.

Rüdiger Wolfrum e Ulrike Deutsch (a cura di), *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*, Springer, 2008.

Wourner Wouter et alii, *International Human Rights Treaties and their Relation with national Law: Monism, Dualism and the Self-Executing Character of Human Rights*, Ghent: Children's Rights Centre, University of Ghent, 2000.

Renato Zerbini Ribeiro Leão (ed.) *Os rumos do direito internacional dos direitos humanos : ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade - Rumbos del derecho internacional de los derechos humanos, Trends in the international law of human rights, Liber amicorum Cançado Trindade*, vol. 3, 2005.

Ineta Ziemele (a cura di), *Reservations to Human Rights Treaties and the Vienna Convention Regime : Conflict, Harmony or Reconciliation*, Leiden: Nijhoff, 2004.

Elisabeth Zoller, *Droit Constitutionnel*, Paris : Presses Universitaires de France, 1998.

B. Articoli e contributi a volumi collettanei

Georges Abi-Saab, "Whither the International Community?", 9 *EJIL* 1998, pag. 249.

Mariana T. Acevedo, "The intersection of human rights and environmental protection in the European Court of Human Rights", 8 *NYUELJ* 2000, pag. 437.

Denis Alland, "L'applicabilité directe du droit international du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ?", *RGDIP* 1998, pag. 220.

_____, "Countermeasures of general interest", 13 *EJIL* 2002, pag. 122.

Philip Alston e Gerald Quinn, "The Nature and Scope of States Parties' Obligations Under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", 9 *HRQJ* 1987.

_____, *The Commission on Human Rights*, in id., *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*, Oxford: OUP, 1992, pag. 45.

_____, *The Historical Origins of "General Comments" in Human Rights Law*, in Laurence de Boisson de Chazournes e Vera Gowlland-Debbas, (a cura di.) *L'ordre juridique internationale, un système en quête d'équité et d'universalité – Liber amicorum Georges Abi-Saab*, 2001, pag.763.

Chittharanjan F. Amerasinghe, *Liability to Third Parties of Member States of International Organizations: Practice, Principle and Judicial Precedent*, 85 *AJIL* 1991, pag. 259.

Nisuke Ando, *The Follow-up procedure of the Human Rights Committee's views*, in Nisuke Ando et alii, *Liber Amicorum Judge Oda*, The Hague: Kluwer, 2002, pag. 1437.

_____, *The development of the HRC's procedure to consider Syayee parties' reports iunder article 40 of ICCPR*, in Marcelo Cohen (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through international law: Liber amicorum George Abi-Saab*, Leiden: Nijoff, 2007, pag.17.

Thomas Antkowiak, "Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond", 46 *Columbia Journal of Transnational Law* 2008, pag. 351.

Muthiah Alagappa, "Regional institutions, the UN and international security: a framework for analysis", 18 *Third World Quarterly* 2005, pag. 421.

Gaetano Arangio-Ruiz, *The Normative Role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations*, RdC, 137 (1972), pag.98.

_____, "L'Etat dans le Sens du Droit des Gens et la Notion du Droit international", 26 *Osterreichische Zeitschrift fur offentliches Recht* 1975, pag.14.

_____, *Le domaine réservé: l'organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne*, 225 RdC 1993, pag. 9.

_____, "Counter-measures and Amicable Dispute Settlement: Means in the implementation of State responsibility, A Crucial Issue for the ILC" 5 *EJIL* 1994, pag. 20.

_____, "The Federal Analogy and UN Charter Interpretation: A Crucial Issue", 8/1 *EJIL* 1997, pag. 1.

_____, *Postfazione*, in Laura Forlati Picchio, *Le Nazioni unite*, Torino: Giappichelli, 1998, pag.250.

_____, *International Law and Interindividual Law*, in Janne Nijman e André Nollkaemper (a cura di), *New Perspectives on the Divide between National and International Law*, Oxford: OUP, 2007, pag.43.

Robert John Araujo, *Objective Meaning of Constituent Instruments and Responsibility of International Organisations*, in Maurizio Ragazzi (a cura di), *International responsibility today : essays in memory of Oscar Schachter*, Leiden: Brill, 2005, pag. 343.

Maurizio Arcari, *Tutela dei diritti umani e misure del Consiglio di sicurezza*, in Laura Pineschi, *La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*, Milano: Giuffrè, 2006, pag. 89.

Alberto M. Aronovitz, "The Procedural Status of Individuals in Diplomatic Protection and in the European Convention on Human Rights: A Comparative Study", 4 *Revue de droit comparé* 1005, pag. 29.

Ed Bates, "Avoiding Legal Obligations Created by Human Rights Treaties", 57 *ICLQ* 2008, pag. 772.

Elena A. Baylis, "General Comment 24: confronting the problem of reservations to human rights treaties", 17/2 *Berkeley Journal of International Law* 1999, pag. 277.

Wolfgang Benedek, *Peoples' Rights and Individuals' Duties as Special Features of the African Charter on Human and Peoples' Rights*, in Philip Kuning et alii (a cura di), *Regional Protection of Human Rights by International Law: The Emerging African System*, 1985, pag. 59.

Marie-Aude Beernaert, "Protocol 14 and the new Strasbourg procedures: towards greater efficiency? And at what price?", 5 *European Human Rights Law Review* 2004, pag. 544.

Gina Bekker, *The African Human Rights System: An Uphill Struggle*, 52 *German Yearbook of International Law* 2009, pag. 45.

Emmanuel G. Bello, *The African Charter of Human and Peoples' Rights: a Legal Analysis*, in 194 *RdC* 1985, pag.9.

Rudolf Bernhardt, *Judgements of International Human Rights Courts and their Effects in the International Legal Orders of States*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli: Ed. Scientifica, vol. 2, 2003.

_____, *Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights*, in Maurizio Ragazzi (a cura di) *International responsibility today : essays in memory of Oscar Schachter*, Leiden: Brill, 2005.

Eduardo Andrés Bertoni, "The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights: A Dialogue on Freedom of Expression Standards", 3 *EHRIR* 2008, pag. 332.

Leonard F.M. Besselink, "Entrapped by the Maximum Standard: On Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the EU", 35 *CMLR* 1998, pag. 629.

Leonard Besson, "European Legal Pluralism after *Kadi*", 5 *European Constitutional Law Review* 2009, pag. 237.

Egidijus Bieliunas, *Approach of new states concerning state succession and accession to universal treaties and human rights obligations: issues of citizenship, Citizenship and state succession*, European Commission for Democracy through Law, 1998.

Michael Bowman, *Towards a Unified Treaty Body for Monitoring Compliance with UN Human Rights Conventions?: Legal Mechanisms for Treaty Reform*, 7/1 *HRLR* 2007, pag.225.

Andrea Bianchi, *Dismantling the Wall: The ICJ's Advisory Opinion and its Likely Impact on International Law*, 47 *German Yearbook of International Law* 2004.

_____, "The Magic of Jus Cogens", 19 *EJIL* 2008, pag. 493.

Armin von Bogdandy, "The European Union as a Human Rights Organization?: Human Rights and the Core of the European Union", 37/6 *CMLR* 2000, pag. 1307.

_____, "Comunità di diritti fondamentali come meta dell'integrazione? I diritti fondamentali e la natura dell'Unione europea", 3 *Diritto pubblico* 2001, pag. 849.

_____, "Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany", 47/1 *Harvard International Law Journal* 2006, pag. 228.

Silvia Borelli, *Le riserve ai trattati sui diritti umani*, in Laura Pineschi (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Giuffrè: Milano, 2003.

Theo Van Boven, Survey of Positive Law of Human Rights, in Karel Vasak e Philip Alston (a cura di), *The International Dimensions of Human Rights*, vol. 1 (1982), pag. 107.

_____, "Urgent Appeals on Behalf of Torture Victims", in Luigi Condorelli *et alii* (a cura di) *Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles: Bruylant, 2004, pag. 1651.

Daniel D. Bradlow e Sabine Schlemmer, "The World Bank's New Inspection Panel: A Constructive Step in the Transformation of the International Legal Order", 54 *ZaöRV* 1994, pag. 392.

Eva Brems, "The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the ECHR", 56/1-2 *ZaöRV* 1996, pag. 276.

J.-L. Briery, "The Covenant and the Charter", 23 *British Year Book of International Law* 1946, pag. 83.

Ian Brownlie, *The Responsibility of States for the Acts of International Organisations*, in Maurizio Ragazzi (a cura di), *International responsibility today : essays in memory of Oscar Schachter*, Leiden: Brill, 2005.

Thomas Buergenthal, "The American and European Conventions on Human Rights: Similarities and Differences", 30 *Am.ULR* 1980, pag. 37.

_____, "International Human Rights Law and Institutions: Accomplishments and Prospects", 63 *Washington Law Review* 1988, pag. 1.

_____, *Self-Executing and Non Self-Executing Treaties in National and International Law*, *RdC* 1992-IV, 235, pag. 303.

Thomas Buergenthal, "Proliferation of International Courts and Tribunals: Is it Good or Bad?", 14 *LJIL* 2001, pag. 267.

Gráinne de Búrca e Oliver Gerstenberg, "The Denationalization of Constitutional Law", 47/1 *Harvard International Law Journal* 2006, pag. 243.

Gráinne de Búrca, *The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi*, Jean Monnet Working Papers NYU, 1/09, disponibile su <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/09/090101.html>.

Jesus Butler e Olivier de Schutter, 'Binding the EU to International Human Rights Law', *Yearbook of European Law* 2009, pag. 277.

Michael Byers, "Conceptualising the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules", *Nordic Journal of International Law* 1997, pag. 211.

Iain Cameron "UN Targeted Sanctions, Legal Safeguards and the European Convention on Human Rights", 72 *Nordic Journal of International Law* 2003 pag. 159.

Lucius Caflish, "Rechtsfolgen von Normenkontrollen - Die Rechtsprechung des EGMR: Die Technik der Pilot-Fälle", 33/17-18 *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 2006, pag. 521.

Augusto Cançado-Trindade, *Co-existence and co-ordination of mechanisms of international protection of Human Rights: (at global and regional levels)*, 202 *RdC* 1988, pag. 9.

_____, *The Interpretation of International law of Human Rights by Two Regional Human Rights Courts*, in *Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergences, proceedings of the III Joint conference ASIL/Asser institute*, The Hague, 1996, pag. 162.

_____, "The merits of coordination of international courts of human rights", 2 *International Journal of Criminal Justice* 2004, pag. 309.

_____, *Speech on the occasion of the opening of the judicial year of the European Court of Human Rights*, 22 gennaio 2004.

_____, *Complementarity between State Responsibility and Individual Responsibility for Grave Violations of Human Rights: The Crime of State Revisited*, in Maurizio Ragazzi (a cura di), *International responsibility today : essays in memory of Oscar Schachter*, Leiden: Brill, 2005, pag. 253.

Paolo G. Carozza, "Subsidiarity as a structural principle of international human rights law", 97 *AJIL*, 2003, pag.37.

Antonio Cassese, *A New Reservation Clause: Article 20 of the United Nations Conventions on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, 1968, pag. 266.

_____, "The New United Nations Procedure for Handling Gross Violations of Human Rights", *La Comunità Internazionale*, 1975, pag. 49.

_____, "Remarks on Scelle's Theory of "Role Splitting" (dédoublément fonctionnel) in International Law", 1 *EJIL* 1990, pag. 210.

Guy Canivet, "La Cour de cassation et la Convention européenne des droits de l'homme in Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme", 33 *Droit et justice* 2002, pag. 25.

Enzo Cannizzaro, "Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano in due recenti decisioni della Corte costituzionale", 1 *RDI* 2008, pag. 141.

Paul James Cardwell, D French e Nigel D White, 'Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission (Joined Cases C-402/05P and C-415/05P) Judgment of 3September 2008', 58 *ICLQ* 2009, pag. 229.

Paolo Carozza, "Propter Honoris Respectum: Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Jurisprudence of the European Court of Human Rights", 73 *Notre Dame Law Review* 1998, pag. 93.

James Cavallaro e Stephanie Brewer, "Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-

First Century: The Case of the Inter-American Court”, 102 *AJIL* 2008, pag. 808.

Johannes Chan, “State Succession to Human Rights Treaties: Hong Kong and the International Covenant on Civil and Political Rights”, 45 *ICLQ* 1996, pag. 928.

Jonathan I. Charney, “Is International Law Treated by Multiple International Tribunals?”, 271 *RdC* 1998.

_____, “The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals”, 31 *NYJILaP* 1999, pag. 697.

Christine Chinkin, “The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law”, *ICLQ* 1989.

_____, *Human rights as general norms and a state's right to opt out : reservations and objections to human right conventions*, *BYICL*, 1997.

_____, *Alternative Dispute Resolution in International law*, in Malcolm Evans, *Remedies in International law – The institutional dilemma*, Oxford: OUP, 1998, pag.103.

S. H. Cleveland, “Legal Status and Rights of Undocumented Workers. Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinion on the Rights of Undocumented Migrant Workers”, *AJIL*, 2005, pag. 460.

Gerard Cohen-Jonatan, « La territorialisation de la juridiction de la Cour européenne des droits de l’homme », *Revue trimestrielle des droits de l’homme* 2002, pag. 1069.

_____, *Conclusions générales in La pratique du droit international - Colloque de Genève*, SFDI, 2004, Paris : Pedone, pag. 292.

Luigi Condorelli, *L’évolution du champ d’application de la protection diplomatique*, in Jean-François Flauss, *La protection diplomatique – mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles: Bruylant, 2003, pag. 7.

_____, “La protection diplomatique et l’évolution de son domaine d’application actuelle”, 86 *RDI* 2003, pag. 20.

Benedetto Conforti, “Specificità della materia dei diritti umani e diritto internazionale”, 1 *Diritti umani e diritto internazionale* 2007, pag. 13.

_____, “The Institutional Framework”, in Joseph H. Weiler, Antonio Cassese e Marina Spinedi (a cura di), *International Crimes of States*, Fiesole: European University Institute. Series A, Law: 10, 1989.

J-P. Cot, “La responsabilité de la Turquie et le respect de la Convention européenne dans la partie nord de Chypre”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 1998, pag. 102.

Thomas Cottier, Maya Hertig e Meinhard Hilf, *The Prospects of 21st Century Constitutionalism*, in Thomas Cottier (a cura di), *The Challenge of WTO Law: Collected Essays*, London: Cameron May, 2007.

Vincent Coussirat-Coustère, *L’adhésion de la France au Protocole facultatif se rapportant au pacte international relatif aux droits civils et politiques*, in *Annuaire française de droit international*, 1983, pag. 529.

Matthew Craven, “Legal Differentiation and the Concept of the Human Rights Treaty in International Law”, 11/3 *EJIL* 2000, pag. 489.

James Crawford, *The Charter of the United Nations as a Constitution*, in Georges Michel Abi-Saab e Hazel Fox (a cura di), *The Changing Constitution of the United Nations*, London: B.I.I.C.L, 1997.

_____, "The UN Human Rights Treaty System: A System in Crisis?", in Philip Alston e James Crawford (a cura di), *The Future of the UN Human Rights Treaty System*, Cambridge: CUP, 2000.

Patrick Daillier, "Monisme et dualisme – Un débat dépassé ?", in Rafâa Ben Achour et Slim Laghmani (a cura di) *Droit international et droits internes, développements récents*, Paris, Pédone, 1998, pag. 23.

Silvia D'Ascoli e Kathrin Maria Scherr, *The Rule of Prior Exhaustion of Local Remedies in the International Law Doctrine and its Application in the Specific Context of Human Rights Protection*, European University Institute Working Paper LAW No. 2007/02.

Olivier De Schutter, "La coopération entre la Cour européenne des droits de l'homme et le juge National", 1 *RBDI* 1997, pag. 21.

Pasquale De Sena, Francesca De Vittor, "State Immunity and Human Rights : the Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case", 16 *EJIL* 2005, pag. 89.

_____, Maria Chiara Vitucci, "The European Courts and the Security Council: Between Dédoulement Fonctionnel and Balancing of Values": a Rejoinder to Gráinne de Búrca, André Nollkaemper and Iris Canor", 20 *EJIL* 2009, pag. 889.

_____, e Maria Chiara Vitucci, "The European Courts and the Security Council: Between Dédoulement Fonctionnel and Balancing of Values", 20 *EJIL* 2009, pag. 193.

Paul De Visscher, *Les tendances internationales des constitutions modernes*, *RdC*, 1952-I, pag. 80.

Bruno de Witte: *European Treaty Revision: A Case of Multilevel Constitutionalism*, pag. 59, in Ingolf Pernice e Jirí Zemánek, (a cura di), *A Constitution for Europe : The IGC, the Ratification Process and Beyond*, Baden-Baden: Nomos, 2005, pag. 59.

Emmanuel Decaux, "The universal implementation of international human rights treaties", final report prepared by the Special Rapporteur responsible for conducting a detailed study of the universal implementation of international human rights treaties, documento delle Nazioni unite A/HRC/Sub.1/58/5, pag. 10.

Jost Delbrück, *The Exhaustion of Local Remedies Rule and the International Protection of Human Rights. A Plea for a Contextual Approach*, in *Des Menschen Recht zwischen Freiheit und Verantwortung: Festschrift für Karl Josef Partsch zum 75.Geburtstag*, Berlin, Duncker und Humblot, 1989, pag 213.

Jean Dhommeaux, *Monismes et dualisms en droit international des droits de l'homme*, in *Annuaire Français de Droit International*, XLI 1995, pag. 447.

Karl Doehring, "Diplomatic Protection of Non-Governmental Organizations", in Manuel Ramamontaldo (a cura di), *El derecho internacional en un mundo en transformación: liber amicorum: en homenaje al professor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo: Fundacion universitaria, 1994, pag 571.

Christian Dominicé, *L'émergence de l'individu en droit international public*, 1987-1988 *Annales d'études internationales*, pag. 1.

_____, "The International Responsibility of States for Breach of Multilateral Obligations", 10 *EJIL* 1999, pag. 355.

Caroline Dommen, “Claming environmental rights: some possibilities offered by the United Nations’ Human Rights mechanisms”, 11 *GeoIELR* 1998.

Andrew Drzemczewski, “The Sui Generis Nature of the European Convention on Human Rights”, 29 *ICQL* 1980, pag. 54.

_____, *Le faut débat entre monisme et dualisme*, in Emmanuel Decaux (a cura di), *Droit international et droit français – contentieux des droits de l’homme*, Ecole nationale de magistrature, 1998, pag. 15.

Pierre-Marie Dupuy, « Observations sur la pratique recente des sanctions de l’illicite », 87 *Revue générale de droit international public* 1983 , pag. 515.

_____, “The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited”, 1 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 1997, pag. 1.

_____, "A General Stocktaking of the Connections between the Multilateral Dimension of Obligations and Codification of the Law of Responsibility”, 13 *EJIL* 2002, pag. 1057.

_____, *Ultimes remarques sur la constitutionalité de la Charte des Nations unies*, in Régis Chemain e Alain Pellet (a cura di), *La Charte des Nations unies. Une Constitution mondiale?*, Paris : Pedone: 2006, pag. 219.

René-Jean Dupuy, *Communauté internationale et disparités et développement*, 165 *RdC* 1979, IV, pag. 21.

Bore Eveno, “Le contrôle juridictionnel des résolutions du Conseil de sécurité: vers un constitutionnalisme international?”, 110 *RGDIP* 2006, pag. 836.

Bardo Fassbender, “The United Nations Charter as Constitution of the International Community”, 36 *Columbia Journal of Transnational Law* 1998, pag. 529.

_____, *Sovereignty and Constitutionalism in International Law*, in Neil Walker (a cura di), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart, 2003, pag. 120.

_____, *The Meaning of International Constitutional Law*, in Ronald St. John Macdonald e Douglas M. Johnston (a cura di.), *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2005.

Louis Favoreu, *Les cours de Luxembourg et de Strasbourg ne sont pas des cours constitutionnelles*, in: id, *Au carrefour des droits – Melanges en l’honneur de Louis Dubois*, Paris: Dalloz, 2002.

David Feldman, *Constitutionalism, Deliberative Democracy and Human Rights*, in John Morrison, Kieran McEvoy e Gordon Anthony (a cura di), *Judges, Transition and Human Rights*, Oxford, OUP, 2007.

Monica Ferial Tinta, “Due Process and the Right to Life in the Context of the Vienna Convention on Consular Relations: Arguing the LaGrand Case”, 12 *EJIL* 2001.

Andreas Fischer-Lescano e Gunther Teubner, “Regime Collisions: The Vain Search for a Legal Unity in the Fragmentation of Global Law?”, 29 *Michigan Journal of International Law* 2004, pag. 999.

Héctor Fix-Zamudio, *The European and Inter-American Courts of Human Rights: a brief comparison*; in Paul Mahoney et alii (a cura di), *Protection des droits de l’homme: la perspective européenne. Protecting Human Rights: The European Perspective. Mélanges à la mémoire de Studies in memory of Rolv Rysdal*, Köln: Heymanns, 2006, pag. 507.

Jean-François Flauss, “La Cour européenne des droits de l’Homme est-elle une Cour constitutionnelle?”, 34 *Revue française de droit constitutionnelle* 1998, pag. 714.

Carlo Focarelli, Sulle riserve all’accettazione della competenza della Corte europea: la sentenza della Corte Loizidou, 3 *RDI* 1995, pag. 738

Laura Forlati Picchio, “Azioni dinanzi alla Corte internazionale di giustizia rispetto a violazioni di obblighi erga omnes”, 84 *RDI* 2001, pag. 69.

_____, “Critères de rattachement et règles d'applicabilité à l'heure de la protection des droits de l'homme en Europe”, 41 *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2005, pag. 907.

_____, *Registration of Foreign Judgments under the European Convention of Human Rights and the Law of International Responsibility*, in *International Responsibility today: Essays in Memory of Oscar Schachter*, 2005, pag. 287.

Serena Forlati, “Azioni dinanzi alla Corte internazionale di giustizia rispetto a violazioni di obblighi erga omnes”, 84 *RDI* 2001, pag. 69.

_____, “Il contenuto degli obblighi imposti dalle misure cautelari indicate nel caso LaGrand”, 84 *RDI* 2001, pag. 711.

_____, “La sentenza della Corte Internazionale di giustizia in merito alla richiesta di revisione della pronuncia sulla giurisdizione resa fra Bosnia e Jugoslavia”, 86 *RDI* 2003, pag. 426.

_____, “Protection diplomatique, droits de l'homme et réclamations "directes" devant la Cour internationale de Justice: quelques réflexions en marge de l'arrêt Congo/Ouganda”, 111 *RGDIP* 2007, pag. 89.

Francesco Francioni, “Customary International Law and the ECHR”, *Italian Yearbook of International Law*, 2000, pag. 20.

Thomas M. Franck, *Is the U.N. Charter a Constitution?*, in Jochen A. Frowein *et alii*, *Verhandeln für den Frieden : liber amicorum Tono Eitel*, Berlin [etc.] : Springer, 2003, pag. 95.

Jochen A. Frowein, “The European and American Conventions on Human Rights: A Comparison”, 1 *HRLJ* 1980, pag. 44.

_____, “Collective enforcement of international obligations”, 47 *ZaoRV* 1987, pag. 67.

_____, *Reservations to the European Convention on Human Rights*, in Franz Matscher e Petzold, *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in Honour of Gérard J. Wiarda*, Colonia, 1990, pag. 41.

_____, *The European Convention on Human Rights as the Public Order for Europe*, 1 *Collected Courses of the Academy of European Law* 1990.

_____, *Reactions by Not Directly Affected States to Breaches of Public International Law*, 248 *RdC* 1994-IV, pag. 412.

Giorgio Gaja, *Obligations Erga Omnes, International Crimes and Jus Cogens - A Tentative Analysis of Three Related Concepts*, in Joseph Weiler, Antonio Cassese, Marina Spinedi (a cura di), *International Crimes of State - A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, Berlin, Walter de Gruyter, 1989, pag. 151.

_____, *L'esecuzione del Patto sui diritti civili e politici nella giurisprudenza italiana*, in Sergio

Marchisio e Fabio Raspadori, *L'Italia e i diritti umani*, Padova: CEDAM, 1995, pag. 119.

_____, “Le riserve al Patto sui diritti civili e politici e il diritto consuetudinario”, 1 *RDI* 1996, pag. 16.

_____, *Droits des états et droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique*, in J.F. Flauss (a cura di), *La protection diplomatique – mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles : Bruylant, 2003, pag. 63.

_____, *Is a State Specially Affected when Its Nationsl's Human Rights are Infringed*, in Maurizio Ragazzi, (a cura di), *International Responsibility today: Essays in Memory of Oscar Schachter*, Leida: Brill, 2005, pag. 373.

_____, *Dualism – A Review*, in Janne Nijman e André Nollkaemper, *Beyond the Divide*, in id. (a cura di), *New Perspectives on the Divide between National and International Law*, Oxford, OUP, 2007, pag. 52.

_____, “Il limite costituzionale del rispetto degli “obblighi internazionali”: un parametro definito solo parzialmente”, 2 *RDI* 2008, pag. 136.

Stephen Gardbaum, “Human Rights as International Constitutional Rights”, 4 *EJIL* 2008, pag. 749.

Lech Garlicki, *Broniowski and After: On the Dual Nature of 'Pilot Judgments*, in Luzius Caflish et alii (a cura di), *Liber amicorum Luzius Wildhaber : Human rights- Strasbourg views*, Kehl: Engel, 2007, pag.177.

Andrea Gattini, “A Return Ticket to 'Communitarisme', Please”, 13 *EJIL* 2002, pag. 1192.

_____, “A Trojan Horse for Sudeten Claims? On Some Implications of the Prince of Liechtenstein v. Germany”, 13/2 *EJIL* 2002, pag. 513.

_____, *Alcune osservazioni sulla tutela degli interessi individuali nei progetti di codificazione della Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità internazionale e sulla protezione diplomatica*, in Marina Spinedi, Alessandra Gianelli, Maria Luisa Alaimo (a cura di), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti : problemi e spunti di riflessione*, Milano: Giuffrè, 2006, pag. 431.

_____, *Mass Claims at the European Court of Human Rights*, in Stephan Breitenmoser et alii (a cura di.), *Human Rights, Democracy and the Rule of Law; Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat - Droits de l'homme, démocratie et Etat de droit: Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Dike, Nomos, 2007, pag. 279.

_____, “Joined Cases C-402/05P and C-415/05P, Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission, judgment of the Grand Chamber of 3 September 2008”, 46/1 *CMLR* 2009, pag. 231.

Andrea Giardina, *Responsabilità internazionale, esaurimento dei mezzi interni di ricorso e carattere sussidiario della tutela internazionale dei diritti dell'uomo*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli: Ed. Scientifica, vol. 2, 2003, pag. 1019.

Heribert Golsong, *Interpreting the European Convention on Human Rights beyond the confines of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, in R.St.J. Macdonald, F. Matscher e H. Petzold (a cura di), *The European system for the protection of human rights*, 1993, pag. 147.

Ryan Goodman, “Human rights treaties, invalid reservations, and state consent”, 96/3 *AJIL* 2002, pag. 531.

Ryan Goodman, *Human Rights Treaties, Invalid Reservations, and State Consent*, in Michael K. Addo, *International Law of Human Rights*, Dartmouth: Ashgate, 2006.

Bernhard Graefrath, *Reporting and Complaint Systems in Universal Human Rights Treaties*, in Allan Rosas e Jan Helgesen (a cura di), *Human Rights in a Changing East/West Perspective*, London: Pinter, 1990, pag.80.

Steven Greer, "Protocol 14 and the Future of the ECHR", *Public Law* 2005, pag. 93.

Oren Gross e Fionnuala Ni Aoláin, "From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights", 23 *HRLQ* 2001, pag. 93.

James Gutter, "Special Procedures and the Human Rights Council: Achievements and Challenges Ahead", 7/93 *HRLR* 2007, pag. 41.

Gerhard Hafner, *The ECHR Torn between the United Nations and the States : the Behrami and Saramati Case*, in Andreas Fischer-Lescano (a cura di), *Frieden in Freiheit = Peace in liberty = Paix en liberté: Festschrift für Michael Bothe zum 70*, Baden Baden: Nomos, 2008, pag. 103.

Daniel Halberstam e Eric Stein, "The United Nations, the European Union and the King of Sweden: Economic Sanctions and Individual Rights in a Plural World Order", 46/1 *CMLR* 2009, pag. 57.

Françoise Jane Hampson, "Working paper on the implementation in domestic law of the right to an effective remedy", discusso alla 57a sessione della Sotto-Commissione delle Nazioni unite per la promozione e protezione dei diritti umani, documento del 27 giugno 2005 delle Nazioni unite, E/CN/4/Sub.2/2005/15.

Hannah Hannun, 'The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law', 25 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 1995-1996, pag. 287.

Laurence R. Helfer, "Constitutional Analogies in the International Legal System", 37 *Loyola of Los Angeles Law Review* 2003, pag. 193.

_____, "Redesigning the European Court of Human Rights : Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime", 19 *EJIL* 2008, pag. 125.

Louis Henkin, *The International Bill of Rights*, in Rudolf Berhardt, John Anthony Jolowicz (a cura di), *International Enforcement of Human Rights*, Berlin: Springer, 1987, pag. 14.

_____, *Inter-State Responsibility for Compliance with Human Rights Obligations*, in Maurizio Ragazzi (a cura di) *International responsibility today : essays in memory of Oscar Schachter*, Leiden: Brill, 2005, pag. 383.

Hellen Hey, "The World Bank Inspection Panel: Towards the Recognition of a New Legally Relationship to International Law", 2 *Hofstra Law and Policy Symposium* 1997.

Rosalyn Higgins, *Derogations under Human Rights Treaties*, *BYIL* 1977, pag. 280.

_____, "The United Nations: Still a Force for Peace", 52 *Modern Law Review* 1989, pag. 12.

_____, "Ten Years on the UN Human Rights Committee: Some Thoughts Upon Parting", 6 *European Human Rights Law Review* 1996, pag. 570.

_____, *The International Court of Justice and Human Rights*, in Karen Wellens (a cura di),

International Law: Theory and Practice. Essays in Honour of Eric Suy, The Hague: Nijoff, 1998, pag. 691.

_____, “Extradition, the right to life, and the prohibition against cruel and inhuman punishment and treatment: Similarities and differences under the ECHR and the ICCPR, in Paul Mahoney et alii (a cura di), *Protection des droits de l’homme, la perspective européenne, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Köln: Heymann, 2000.

_____, *The responsibility of States members for the defaults of international organisations: continuing the dialogue*, in Schulte e Tung (a cura di), *Liber amicorum Ibrahim Shiat*, 2001.

Moshe Hirsch, “Interactions between investment and non-investment obligations in international investment law,” in Christoph Schreuer (a cura di), *Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford: OUP, 2008, pag. 154.

Florian Hoffman e Frédéric Mégret, “The UN as a Human Rights Violator: Some Reflections on The United Nations Changing Human Rights Responsibilities”, *25 Human Rights Quarterly* 2003.

Frank Hoffmeister, “Die Europäische Menschenrechtskonvention als Grundrechtsverfassung und ihre Bedeutung in Deutschland”, *40 Der Staat* 2006, pag. 349.

_____, *The contribution of EU practice to international law*, in Marise Cremona, *Developments in EU external relations law, Collected Courses of the Academy of European Law*, XVII/1, Oxford: OUP, 2008, pag. 37.

Robert Howse, “Human Rights in the WTO: Whose Rights, What Humanity?”, *13/3 EJIL* 2002, pag. 651.

Andrew Hurrell, *Power, Principles and Prudence: Protecting Human Rights in a Deeply Divided World* in Tim Dunne e Nicholas J. Wheeler (a cura di.), *Human Rights in Global Politics*, Cambridge, CUP: 1999, pag. 277.

John Ikenberry, “Constitutional Politics in International Relations”, *4 EJIR* 1998, pag. 147.

Pierre H. Imbert, “Reservations to the European Convention on Human Rights before the Strasbourg Commission: The Temeltasch Case”, *33 ICLQ* 1984, pag. 554.

Tobias H. Irmscher, “Legal Framework for the Activities of UNMIK”, *44 GYIL* 2001, pag. 353.

Robert Y. Jennings, “Proliferation of Adjudicatory Bodies: Dangers and possible Answers”, in Implications of Proliferation of International Adjudicatory Bodies for Dispute Resolution, *ASIL Bulletin*, 9, pag. 2, November 1995.

Walter Kälin, *Reform of the UN Commission on Human Rights*, Study Commissioned by the Swiss Ministry for Foreign Affairs, Institute of Public Law, University of Bern, March 2006.

Menno T. Kamminga, State succession in respect of human rights treaties, *7/4 EJIL* 1996, pag. 469.

_____, *State Responsibility for Human Rights Violations not Amounting to a Consistent Pattern*, in Peter Johan van Krieken (a cura di), *Liber Akkerman : in- and outlaws in war*, Apeldoorn [etc.] : MAKLU, 1992, pag. 9.

Hellen Keller e Stone Sweet (a cura di), *Concluding remarks*, in id. (a cura di), *Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford: OUP.

Helen Keller e Stone Sweet, *Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems*, in id. (a cura

di), *A Europe of Rights : the Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford: OUP, 2008.

Magnus Killander, "The African Peer Review Mechanism and Human Rights: the First Reviews and the Way Forward", 30 *Human Rights Quarterly* 2008, pag. 41.

Benedict Kingsbury, "Sovereignty and Inequalities", 9 *EJIL* 1998, pag. 599.

_____, Nico Krisch e Richard B. Stewart, *The emergence of global administrative law*, 68 *Law and Contemporary Problems* 2005, pag. 29.

Stefan Kirchner, "Relative Normativity and the Constitutional Dimension of International Law: A Place for Values in the International Legal System?", 5/1 *German Law Journal* 2004, pag. 47.

Stefan Kirchner, *International Constitutional Law: Hierarchy and Relative Normativity in Today's and Tomorrow's International Law*, Diploma Thesis in International Law, Law Faculty of Helsinki University, Summer 2003.

Jan Klabbers, *(I Can't Get No) Recognition: Subjects Doctrine and the Emergence of Non-State Actors*, in Jarna Petman e Jan Klabbers (a cura di), *Nordic Cosmopolitanism: Essays in International Law for Martti Koskenniemi*, Leiden, 2003, pag. 351.

_____, "Constitutionalism Lite", 1 *International Organizations Law Review* 2004, pag. 31.

_____, *On Human Rights Treaties, Contractual Conceptions and Reservations*, in Ineta Ziemele (a cura di), *Reservations to Human Rights Treaties and the Vienna Convention Regime : Conflict, Harmony or Reconciliation*, Leiden: Nijhoff, 2004, pag. 149.

Eckart Klein, *Individual Reparation Claims under the ICCPR, The Practice of the HRC*, in Albrecht Randelzhofer e Christian Tomuschat, *State Responsibility and the Individual, Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, The Hague: Kluwer, 1999, pag. 27.

Pierre Klein, "Responsibility for breaches deriving from Peremptory Norms of International Law and United Nations Law", 13 *EJIL* 2002, pag. 1241.

_____, "Responsabilité pour les faits commis dans le cadre d'opérations de paix étendue du pouvoir de contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme: quelques considérations critiques sur l'arrêt Behrami et Sbramati", 53 *Annuaire français de droit international* 2007, pag. 43.

Karen Knop, "Here and There: International Law in Domestic Courts", 32 *NYUJIL* 2000, pag. 501.

Harold H. Koh, "Why Do Nations Obey International Law?", 3/106 *Yale Law Journal* 1997, pag. 260.

Robert Kolb, "La structure constitutionnelle du droit international public", *Annuaire canadien de Droit international* 2001, pag. 69.

_____, "Théorie du ius cogens international", *Revue belge de droit international* 2003, pag. 5.

Martti Koskenniemi, *The Effect of Rights in Political Culture*, in Philip Alston (a cura di), *The European Union and Human Rights*, Oxford: OUP, 1999.

_____ e Päivi Leino, "Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties", 15 *LJIL* 2002, pag. 553.

_____, "Solidarity Measures: State Responsibility as a New International Order", 71 *British Yearbook of International Law* 2002, pag. 337.

_____, “International Law and Hegemony: A Reconfiguration”, 17 *Cambridge Review of International Affairs* 2004, pag. 45.

Nico Krisch e Benedict Kingsbury, “Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order”, 17 *EJIL* 2006, pag. 1.

_____, “The Open Architecture of European Human Rights Law”, 1 *The Modern Law Review* 2008, pag. 83.

H.C. Krüger, *Friendly settlements under the European Convention on Human Rights: a Survey*, in A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek, J. van der Velde (a cura di), *40 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens : opstellen over de ontwikkeling van het EVRM in Straatsburg en in Nederland 1950-1990*, Leiden : Stichting NJCM-Boekerij, 1990, pag. 127.

Pierre Jan Kuyper e Eva Paasivirta, “Further Exploring International Responsibility: The European Community and the ILC’s Project on Responsibility of International Organisations”, 1 *IOLR* 2004, pag. 111.

Gerald L. Neuman, “Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance”, 55/5 *Stanford Law Review* 2003, pag. 1863.

Elisabeth Lambert-Abdelgawad, *Le protocole 14 et l’execution des arrest de la Cour europeene des droits de l’homme* in Gerard Cohen-Jonathan e Jean-François Flauss (a cura di), *La Reforme du systeme de controle contentieux de la Convention europeenne des droits de l’homme, Droit et Justice*, Vol. 61, Bruxelles: Bruylant, 2005, pag. 79.

Ronald MacDonald, “The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, 1 *AEL* 1990, pag. 95.

_____, *The Margin of appreciation doctrine in the jurisprudence of the ECHR, in International Law at the time of its codification, Essays in honour of Roberto Ago*, 1987.

Paul Mahoney, “Judicial activism and judicial self-restraint in the European Court of Human Rights: two sides of the same coin”, 11/75 *HRLJ* 1990, pag. 57.

_____, “New challenges for the European Court of Human Rights resulting from the expanding case load and membership”, *Penn State international law review* 2002, pag. 101.

_____, “Separation of Powers in the Council of Europe: the status of the ECHR vis-à-vis other authorities of the Council of Europe”, 24 *HRLJ* 2003, pag. 152.

Peter Malanczuk, *Regional Protection of Human Rights in the Asia-Pacific Region*, in 52 *German Yearbook of International Law* 2009, pag. 125.

Krystyna Marek, “Criminalising State Responsibility”, 13 *RBDI* 1978-1979, pag. 468.

André Mbata B Mangu, “Assessing the Effectiveness of the African Peer Review Mechanism and Its Impact on the Promotion of Democracy and Good Political Governance”, 7 *African HRLJ* 2007, pag. 354.

Christopher McCrudden, “A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights”, 2000, 20 *OJLS* 499, pag. 503.

_____, “A Global Community of Courts”, 44 *Harvard Journal of International Law* 2003, pag. 191.

Myres S. McDougal *et alii*, *The World Constitutive Process of Authoritative Decision*, in Myres S. McDougal e W. Michael Reisman, *International Law Essays: A Supplement to International Law in Contemporary Perspective*, Mineola, NY : Foundation Press, 1981, pag. 30.

John O. McGinnis e Mark L. Movsesian, “The World Trade Constitution”, 114 *Harvard Law Review* 2000, pag. 511.

Campbell McLachlan, “The Principle of Systemic Integration and Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention”, 54 *ICLQ* 2005, pag. 279.

A.P. Van der Mei, “The new African Court on Human and Peoples’ Rights: towards an effective human rights protection mechanism for Africa?”, in *LJIL* 2005, pag. 113.

Theodor Meron, “Extraterritoriality of Human Rights Treaties”, *AJIL* 1995, pag. 78.

_____, *International Law in the Age of Human Rights*, 310 *RdC* 2004, pag. 288.

Enrico Milano, “Diplomatic Protection and Human Rights Before the International Court of Justice : Re-fashioning Tradition?”, 35 *Netherlands Yearbook of International Law* 2004, pag. 85.

Marko Milanovic e Tatjana Papić, “As Bad As It Gets: The European Court of Human Rights's Behrami and Saramati Decision and General International Law”, 58 *ICLQ* 2009, pag. 267.

Pietro Milazzo e Filippo Donati, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in Paolo Falzea et alii (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d’Europa*, Torino: Giappichelli, 2003, pag. 40.

Abdelsalam A. Mohamed, “Individual and NGO participation in human rights litigation”, 8/2 *Michigan State University – DCL Journal of International Law* 1999, pag. 377.

Christoph Möllers, *Pouvoir Constituant – Constitution – Constitutionalism*, in Armin von Bogdandy and Jürgen Bast (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford, 2006, pag. 195.

Roslyn Moloney, “Incompatible Reservations to Human Rights Treaties: Severability and the Problem of State Consent”, 5/1 *Melbourne Journal of International Law* 2004; pag. 155.

Jean-Yves Morin, *Institutions internationales et droits de l’homme: vers de nouvelles exigences de légitimité de l’Etat*, in *SFDI – Colloque de Nancy*, Paris, Pedone, 1994, pag. 180.

Costantino Mortati, *Costituzione, dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano: Giuffrè, 1962.

Hermann Mosler, *The International Society as a Legal Community*, 140 *RdC* 1974- IV, pag. 1.

Alastair Mowbray, “The Interlaken Declaration: the Beginning of a New Era for the European Court of Human Rights?”, 10 *HRLR* 2010, pag. 509.

Mutuy Mubiala, *L’accès de l’individu à la Cour africaine des droits de l’homme et des peuples*, in Marcelo Kohen (a cura di), *Promoting justice, human rights and conflict resolution through international law. Liber Amicorum Lucius Caflisch*, The Hague: Kluwer, 2007, pag. 369.

Vitit Muntarbhorn, “Asia, Human Rights and the New Millennium: Time for a Regional Human Rights Charter?”, 8 *Transnational Law and Contemporary Problems* 2008, pag. 407.

Rachel Murray, “A Comparison between the African and European Courts of Human Rights” 2 *African*

HRLJ 2002, pag. 195.

_____, *The Special Rapporteurs in the African System*, in Malcom Evans e Rachel Murray (a cura di), *The African Charter on Human and Peoples' Rights: The System in Practice 1986-2006*, Oxford: OUP, 2008, pag. 344.

Felice D. Naer, "A Voice Not an Echo: Universal Periodic Review and the UN Treaty Body System", 7 *HRLR* 2007, pag. 109.

Gobind Nankani, John Page e Lindsay Judge, *Human Rights and Poverty Reduction Strategies: Moving Towards Convergence?*, in Philip Alston e Mary Robinson (a cura di), *Human Rights and Development: Towards Mutual Reinforcement*, Oxford, OUP, 2005.

Gerald L. Neuman, "Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance", 55 *Stanford Law Review* 2003, pag. 1863.

_____, "Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights", 19/1 *EJIL* 2008, pag. 101.

Manfred Nowak (a cura di), *CCPR Commentary International Human Rights Instruments, Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, contenuto nel documento delle Nazioni unite HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. 1 e Vol. 2).

Michael O'Boyle e John Darcy, The European Court of Human Rights, 52 *German Yearbook of International Law* 2009, pag. 161.

Michael O'Flaherty e Claire O'Brienn Echo, *Reform of UN Human Rights Treaty Monitoring Bodies : a Critique of the Concept Paper on the High Commissioner's Proposal for a Unified Standing Treaty Body*, 7/1 *HRLR* 2007.

_____, "Reform of the UN Human Rights Treaty Body System: Locating the Dublin Statement", 10 *HRLR* 2009, pag. 319.

Torkem Opsahl, "An International Constitutional Law ?", 10 *ICLQ* 1961, pag. 764.

_____, *Ten years' coexistence Strasbourg-Geneva*, in Franz Matscher, Herbert Petzold (a cura di), *Protecting human rights : the European dimension : studies in honour of Gérard J. Wiarda*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 1988.

_____, *The General Comments of the Human Rights Committee*, in *Des Menschen Recht zwischen Freiheit und Verantwortung, Festschrift für Karl Josef Partsch*, Berlin: Duncker und Humblot, 1989, pag. 519.

Alexander Orakhelashvili, "Questions of International Judicial Jurisdiction in the LaGrand case", 15 *LJIL* 2002, pag. 125.

_____, "Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights", 14 *EJIL* 2003, pag. 529.

_____, "The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence?", 19 *EJIL* 2008, pag. 182.

Maria Luisa Padelletti, "Una nuova condizione di ricevibilità del ricorso individuale: il danno significativo subito dalla vittima", 46 *RDI* 2006, pag. 89.

Paolo Palchetti, "Reactions by the European Union to breaches of *erga omnes* obligations", in Enzo

Cannizzaro (a cura di), *The European Union as an Actor in International Relations*, The Hague: Kluwer Law International, 2002, pag. 108.

Jo M. Pasualucci, "Victim Reparations in the Inter-American Human Rights System: A Current Practice and Procedure", *18 Michigan Journal of International Law* 1996, pag. 1.

_____, *The Inter-American Human Rights System : Progress Made and Still to Be Made*, 52 *German Yearbook of International Law* 2009, pag. 181.

José Antonio Pastor Ridruejo, *Les procédures spéciales de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies*, 228 *RdC* 1991, pag. 182.

_____, *Droit international et droit international des droits de l'homme – Unité ou fragmentation?*, in Stephan Breitenmoser et alii (a cura), *Human Rights, Democracy and the Rule of Law – Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Dike, Nomos, 2007, pag. 537.

Jordan J. Paust, "Self-Executing Treaties", 82 *AJIL* 1998, pag. 760.

Photini Pazartzis, "State Succession to Multilateral Treaties: Recent Developments", 3 *Austrian Review of International and European Law* 1998, pag. 397.

Alain Pellet, *L'unité ou la fragmentation du système juridique international?*, in SFDI, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international, Colloque de Strasbourg*, Paris, Pedone, 1998. nonché in Gérard Cohen-Jonathan, in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, in SFDI, *La protection des droits de l'homme*, pag. 31.

_____, secondo rapporto sulle riserve ai trattati, Alain Pellet, International Law Commission, 48a sessione, 1996, par. 87, A/CN.4/477/Add.1.

_____, "The new draft Articles of the International Law Commission on the responsibility of States for internationally wrongful acts: a requiem for States' crime?", 75 *NYILL* 2001, pag. 55.

Ingolf Pernice, *Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration. German Constitution and 'Multilevel Constitutionalism'*", in Eibe Riedel (a cura di), *German Reports on Public Law Presented to the XV. International Congress on Comparative Law*, 1998, pag. 40.

Pierre Pescatore, 'External Relations in the Case-Law of the Court of Justice of the European Communities' 16 *CMLR* 1979, pag. 615.

_____, *La Cour de justice des Communautés européennes et la Convention européenne des Droits de l'Homme*, in Franz Matscher, Herbert Petzold (a cura di.), *Protecting human rights: the European dimension. Studies in honour of G. J. Wiarda*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 1988.

Anne Peters, "Compensatory Constitutionalism: the Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures", 19/3 *LJIL* 2006, pag. 579.

Ernst-Ulrich Petersmann, "Constitutionalism and International Organizations", 17 *Northwestern Journal of International Law & Business* 1997, pag. 398.

_____, "How to Reform the UN System? Constitutionalism, International Law, and International Organizations", 10/3 *LJIL* 1997, pag. 421.

_____, *How to Constitutionalize the United Nations? Lessons from the 'International Economic Law Revolution*, pag. 313, in Volkmar Götz et alii (a cura di), *Liber amicorum Günther Jaenicke, zum 85*, Berlin [etc.]: Springer, 1998, pag. 313.

_____, *The WTO Constitution and the Millennium Round*, in Marco Christian Eugène Joseph Bronckers e John Howard Jackson (a cura di), *New Directions in International Economic Law*, The Hague [etc.]: Kluwer Law International, 2000, pag. 111.

_____, "The WTO Constitution and Human Rights", 3 *Journal of International Economic Law* 2000, pag. 19.

_____, "Time for a United Nations "Global Compact" for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration", 13/3 *EJIL* 2002, pag. 621.

_____, *Theories of Justice, Human Rights and the Constitution of International Markets*, EUI Law Department Working Paper, 2003/17.

Catherine Phuong "The Relationship Between the European Court of Human Rights and the Human Rights Committee: Has the 'Same Matter' Already Been 'Examined'?", 7/2 *Human Rights Law Review* 2007, pag. 385.

Romina Piccolotti e Sofia Bordenave, "The enforcement of environmental law from a human rights perspective", 3 *SDLP* 2003.

Paolo Picone, "Le autorizzazioni all'uso della forza tra sistema delle Nazioni Unite e diritto internazionale generale", 88/1 *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2005, pag. 5.

_____, "Obblighi erga omnes e codificazione della responsabilità degli Stati", 4 *RDI* 2005, pag. 893.

Alessandra Pietrobon, *Dalla comity all'opinio iuris: note sull'elemento psicologico nella formazione della consuetudine*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli: Ed. Scientifica, 2003, pag. 355.

Cesare Pinelli, "Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti", 52/5 *Giurisprudenza costituzionale* 2007, pag. 3518.

Monica Pinto, *Fragmentation or Unification among International Institutions: Human Rights Tribunals*, 31 *NYUJ.INT'L L.Pol* 1999, pag. 833.

Pasquale Pirrone, "Il caso Papamichalopoulos dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo: restituito in integrum ed equa soddisfazione", *RDI* 1997, pag. 152.

Riccardo Pisillo Mazzeschi, *International Obligations to provide for Reparation Claims?*, in Albrecht Randelzhofer e Christian Tomuschat (a cura di) *State Responsibility and the Individual: Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, The Hague: Nijhoff, 1999, pag. 149.

_____, "Universal Periodic Review: controllo sull'adempimento di obblighi giuridici o meccanismo di cooperazione politica e diplomatica?", 1 *Diritti Umani e Diritto Internazionale* 2008, pag. 107.

_____, *Responsabilité de l'état pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme*, 333 *RdC* 2008, pag. 175.

Fausto Pocar, "Legal Values of the Human Rights Committee's views", in *Canadian Human Rights Yearbook 1991-1992*, pag. 183.

Isabelle Poupart, *Succession aux traits et droits de l'homme: vers la reconnaissance d'une protection interrompue des individus*, in Martii Koskeniemi (a cura di) *La succession d'états: la codification à*

l'épreuve des faits, The Hague : Nijhof, 2006, pag. 465.

Miguel Ponières Maduro, *Europe and the Constitution: What if This is as Good as It Gets?*, pag.101, in Joseph Weiler e Marlene Wind, *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge [etc.]: Cambridge University Press, 2003, pag. 74.

_____, *From Constitutions to Constitutionalism: A Constitutional Approach for Global Governance*, in Douglas Lewis (a cura di), *Global Governance and the Quest for Justice – Volume I: International and Regional Organisations*, Oxford: Hart Publishing, 2006, pag. 227.

René Provost, *Reciprocity in human rights and humanitarian law*, 65 *BYIL* 1994, pag. 383.

Pietro Pustorino, “Recenti sviluppi In tema di protezione diplomatica”, 86 *RDI* 2006, pag. 86.

Bernard Ramcharan, *State Responsibility for Violations of Human Rights Treaties*, in *Contemporary Problems of International Law: Essays in Honour of Georg Schwarzenberger*, 1988.

Akbar Rasulov, “Revisiting Succession to Humanitarian Treaties; Is There a Case for Automaticity?”, 14 *EJIL* 2003, pag. 141.

Steven Ratner, “Foreign Occupational and Territorial Administration: The Challenges of Convergence”, 16 *EJIL* 2005, pag. 705.

Catherine Redgwell, “Reservations to treaties and Human Rights Committee General Comment No. 24”, 46/2 *ICLQ* 1997, pag. 390.

August Reinisch, ‘Securing the Accountability of International Organizations’ 7 *Global Governance* 2001, pag. 131.

_____, “Developing Human Rights and Humanitarian Law Accountability of the Security Council for the Imposition of Economic Sanctions,” 95 *AJIL* 2001, pag. 851.

Michael Reisman, “Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law”, 84 *AJIL* 1990, pag. 872.

Georg Ress, “Problems of Extraterritorial Human Rights Violations. The Jurisdiction of the European Court of Human Rights”, *Italian Yearbook of International Law*, 2002, pag. 51.

_____, “The Effects of Decisione and judgements of the European Court of Human Rights in the Domestic Legal Order”, 40 *TILJ* 2005, pag. 359.

Eibe Riedel, *International Law Shaping Constitutional Law – Realization of Economic, Social and Cultural Rights*, 105, I World Congress of the International Association of Constitutional Law, Santiago de Chile, 2004.

Nigel Rodley, *Urgent Action*, in Gudmundur Alfredsson *et alii* (a cura di), *International Human Rights Monitoring Mechanisms – Essay in Honour of Jakob Th. Möller*, Leiden: Nijhoff, 2009, pag. 205.

Natalino Ronzitti, *L'adattamento dell'ordinamento italiano alle norme imperative del diritto internazionale*, 85 *RDI* 2002, pag. 503.

Hélène Ruiz Fabri e C. Grewe, *La constitutionnalisation à l'épreuve du droit international et du droit européen*, in AA.VV., *Les dynamiques du droit européen en début de siècle, Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris: Pedone, 2004, pag. 73.

Florentino Ruiz Ruiz, "The succession of states in universal treaties on the protection of human rights and humanitarian law", 7/2 *The International Journal of Human Rights* 2003, pag. 42.

Rolv Rysdall, "On the road to a European Constitutional Court", Winston Churchill Lecture on the Council of Europe, Firenze, 21 giugno 1991.

Kamen Sachariew, "The Definition of Thresholds of Tolerance fir Transboundary Environmental Injury under International Law: Development and Present Status", 32 *NILJ* 1990, pag. 193.

Romana Sadurska e Christine Chinkin, "The Collapse of the International Tin Council: A Case of State Responsibility?", 30 *VaJIL* 1990, pag. 845.

Wojciech Sadurski, *European Constitutional Identity*, EUI Working papers, 2006/33.

_____, "Partnering with Strasbourg: Constitutionalization of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and Eastern European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments", *Sydney Law School Legal Studies Research Paper* No. 08/135.

Francesco Salerno, "Rapporti tra procedimenti concernenti le medesime istanze individuali presso diversi organismi internazionali di tutela dei diritti umani", 1 *RDI* 1999, pag. 363.

_____, "Il neo-dualismo della Corte costituzionale nei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno", 2 *RDI* 2006, pag.340.

_____, "Le modifiche strutturali apportate dal Protocollo n°14 alla procedura della Corte europea dei diritti dell'uomo", 42 *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2006, pag. 377.

Carlo Santulli, "Une administration internationale de la justice nationale? A propos des affaires Breard et LaGrand", XLV *Annuaire français de droit international* 1999, pag. 116.

Rosario Sapienza, "Sull'ammissibilità di riserve all'accettazione della competenza della Commissione europea sui diritti dell'uomo", *RDI* 1987, pag. 641.

_____, "Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo", 74 *RDI* 1991, pag. 571.

William A. Schabas, "Reservations to human rights treaties : time for innovation and reform", 32 *The Canadian yearbook of international law* 1995, pag. 39.

_____, "Twenty-Five Years of Public International Law at the Supreme Court of Canada", 79 *Can. B. Rev.* 2000.

Oscar Schachter, "International Law Implications of U.S. Human Rights Policies", 24 *NYLSLR* 1978, pag. 7.

_____, "State Succession: The Once and Future Law", *Virginia Journal of International Law*, n°33, 1993, pag. 260.

Martin Scheinin, *Reservations by States under the International Covenant on Civil and Political Rights and its Optional Protocols, and the Practice of the Human Rights Committee*, in Ineta Ziemele (a cura di), *Reservations to Human Rights Treaties and the Vienna Convention Regime : Conflict, Harmony or Reconciliation*, Leiden: Nijhoff, 2004, pag. 35.

_____, *The Impact on the Law of Treaties*, in Martin Scheinin e Menno Kamminga (a cura di), *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford: OUP, 2009, , pag. 32

Markus Schmidt, *Porté et suivi des constatations du Comité des droits de l'homme des Nations unies*, in Frédéric Sudre, *La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des Nations unies – les communications individuelles*, Montpellier, CEDH, 1995, pag. 89.

_____, "Does the United Nations Human Rights Programme Make a Difference", 91 *AJIL* 1998, pag. 461.

Olivier de Schutter, 'L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de justice des Communautés européennes', in Gerard Cohen-Jonathan e Jean-François Flauss (a cura di), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles: Bruylant, 2005, pag. 189.

Stephen Schwebel, "The treatment of human rights and of aliens in the International Court of Justice", in Vaughan Lowe e Malgosia Fitzmaurice (a cura di), *Fifty years of the International Court of Justice : essays in honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge: CUP, 1996, pag. 327.

Ian Scobbie, "The Invocation of Responsibility for the breach of obligations under peremptory norms of general international law", 13 *EJIL* 2002, pag. 1201.

Craig Scott, *Toward the Institutional Integration of the Core Human Rights Treaties*, in Isfahan Merali e Valerie Oosterveld (a cura di), *Giving Meaning to Economic, Social and Cultural Rights*, University of Pennsylvania Press, 2001, pag. 7.

Tullio Scovazzi, "Un intervento sul principio della sussidiarietà in materia di diritti dell'uomo", in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, Anno VII, gennaio-aprile 1994, pag. 228.

Anja Seibert-Fohr, *The Potentials of the Vienna Convention on the Law of Treaties with respect to Reservations to Human Rights Treaties*, in Ineta Ziemele (a cura di), *Reservations to Human Rights Treaties and the Vienna Convention Regime : Conflict, Harmony or Reconciliation*, Leiden: Nijhoff, 2004, pag. 183.

Ignaz Seidl-Hohenveldern, "Piercing the Corporate Veil of International Organisations: The International Tin Council Case in the English Court of Appeals", 32 *GYIL* 1989, pag. 43.

Yuval Shany, "Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?", 16 *EJIL* 2005, pag. 907.

Dinah Shelton, "Non-Governmental Organisation and Judicial Proceedings", 88 *AJIL* 1994, pag. 611.

_____, "The Boundaries of Human Rights Jurisdiction in Europe", 15 *Duke Journal of Comparative and International Law* 2005, pag. 95.

_____, "Normative Hierarchy in International Law", *AJIL*, 2006, pag. 291.

_____, *Subsidiarity, Democracy and Human Rights*, in Donna Gomien (a cura di), *Broadening the Frontiers of Human Rights: Essays in Honour of Asbjørn Eide*, Oslo [etc.] : Scandinavian University Press, 1993, pag.43.

_____, "Human Rights and the environment", 38 *Environmental Policy and Law* 2008, pag. 40.

Linos-Alexander Sicilianos, "The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility", 13 *EJIL* 2002, pag. 1135.

Bruno Simma, "Self-Contained Regimes", 16 *Netherland Yearbook of International Law* 1985, pag. 112.

_____, *Bilateralism and Community Interest in the Law of State Responsibility*, in Y. Dinstein e M Tabory (a cura di), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, 1989, pag. 821.

_____ e Philip Alston, “The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens and General Principles”, 12 *Australian Yearbook of International Law* 1992, pag. 89.

_____, *Does the UN Charter Provide an Adequate Legal Basis for Individual or Collective Responses to Violations of Obligations erga omnes?*, in Jost Delbrück (a cura di), *The Future of International Law Enforcement: New Scenarios - New Law?*, Berlin: Duncker & Humblot, 1993, pag. 90.

_____, *International Human Rights and General International Law : A Comparative Analysis*, Collected courses of the Academy of European Law, The Hague: Nijhoff, 1995, pag. 153.

_____, *Human Rights*, in Christian Tomuschat (a cura di), *The United Nations at Fifty: A Legal Perspective*, Leiden: Kluwer, 1995, pag. 132.

_____, *Reservations to Human Rights Treaties*, in Gerard Hafner (a cura di) *Liber Amicorum Seidl-Hohenfeldern*, The Hague [etc.] : Kluwer Law International, 1998, pag. 659.

_____ e Andreas Paulus, “The International Community: facing the Challenge of Globalization”, 9 *EJIL* 2002, pag. 266.

_____ e Dirk Pulkowski, “Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law”, 17 *EJIL* 2006, pag. 483.

_____, “Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner”, 20 *EJIL* 2009, pag. 297.

Michael Singer “Jurisdictional Immunity of International Organizations: Human Rights and Functional Necessity Concerns” 36 *Va. J. Int’l Law* 1995, pag. 53.

Sigrun Skogly, *The Human Rights Obligation of the World Bank and the International Monetary Fund*, in aa.vv., *World Bank, IMF and human rights : including the Tilburg Guiding Principles on World Bank, IMF and human rights*, London: Wolf, 2003, pag. 45.

_____, “The United Nations, the European Union and the King of Sweden: Economic Sanctions and Individual Rights in a Plural World Order”, 46/1 *CMLR* 2009, pag. 11.

Krzysztof Skubiszewski, *Remarks on the Interpretation of the United Nations Charter*, in Rudolf Bernhardt *et alii* (a cura di), *Völkerrecht als Rechtsordnung-Internationale Gerichtsbarkeit-Menschenrechte:Festschrift für Hermann Mosler*, Berlin: Springer-Verlag,1983, pag. 163.

Anne-Marie Slaughter, “A Typology of Transjudicial Communication”, 29 *University of Richmond Law Review* 1999, pag. 124.

_____, “Judicial Globalization”, 40 *Va.J. Int’l L* 2000, pag.1103.

_____ e William Burke-White, “An International Constitutional Moment”, 43/1 *Harvard International Law Journal* 2002, pag. 1.

_____ e William Burke-White, “The Future of International Law is Domestic (or, the European Way of Law)”, 47/2 *Harvard International Law Journal* 2006, pag. 327.

Louis B. Sohn, "The New International Law : Protection of the Rights of Individuals Rather than States", 32 *American University Law Review* 1982, pag. 17.

_____, *Human Rights: Their Implementation and Supervision by the United Nations*, in Theodor Meron, *Human Rights in International Law – Legal and Policy Issues*, Oxford: Clarendon, 1984, pag. 230.

Giuseppe Sperduti, "Dualism and Monism – A Confrontation to be Overcome", *IYIL*, 1977, pag. 31.

Peter J. Spiro, "Treaties, International Law, and Constitutional Rights", 55 *Stanford L. Rev.* 2003 pag. 2021.

Keir Starmer e Francesca Klug, "Incorporation through the 'Front Door': The First Year of the Human Rights Act", *Public Law* 2001, pag. 654.

Brigitte Stern, *Les questions de succession d'Etats dans l'affaire à l'Application de la Convention pour la prevention et la repression du crime de genocide devant la Cour internationale de justice*, in Nisuke Ando et alii (a cura di), *Liber Amicorum Shigeru Oda*, The Hague: Kluwer, 2002, pag. 285.

Stefan Talmon, *The Duty Not to Recognize as Lawful a Situation Created by the Illegal Use of Force of Other Serious Breaches of a Jus Cogens Obligations: An Obligation without Real Substance?*, in Christian Tomuschat (a cura di), *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Dordrecht: Brill, 2005, pag. 101.

Koji Teraya, "Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-Derogable Rights", 12 *EJIL* 2001, pag. 917.

Gunther Teubner, *Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory?*, in Christian Joerges et alii (a cura di), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford [etc.]: Hart, 2004, pag. 327.

Gerhard Thallinger, "Sense and Sensibility of the Human Rights Obligations of the United Nations Security Council", 67 *ZaöRV* 2007, pag. 1015

Christian Tomuschat, *The Problem of International Constitutional Law in International Judicial Perspective*, in Jost Delbrück (a cura di), *Festschrift für Eberhard Menzel*, Berlin: Duncker und Humblot, 1975, pag. 249.

_____, "Evolving Procedural Rules: the UN Human Rights Committee's First Two Years of Dealing with Individual Communications", 1 *HRLJ* 1980, pag. 255.

_____, *Obligations Arising for States Without or Against Their Will*, 241 *RdC* 1993-IV, pag. 227.

_____, *International Law as the Constitution of Mankind*, in International Law Commission, *International Law on the Eve of the Twenty-first Century. Views from the International Law Commission*, New York : United Nations, 1997, pag. 38.

_____, *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century*, 281 *RdC* 1999, pag. 88.

_____, "Case Note on Kadi (CFI)", 43 *CMLR* 2006, pag. 537.

_____, *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications*, in Rüdiger Wolfrum e Ulrike Deutsch (a cura di), *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*, Springer, 2008, pag. 1.

Yogesh Tyagi, "The conflict of law and policy on reservations to human rights treaties", 71 *BYIL* 2000, pag. 75.

Nsongurua J. Udombana, "An African Human Rights Court and an African Union Court: a needful duality or a needless duplication?", in *Brooklyn journal of international law*, 2003, pag. 811.

Alfred Verdross, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale*, 52 *RdC* 1935, pag. 191.

_____, "Forbidden Treaties in International Law", 31 *AJIL* 1937, pag. 572.

_____, *La validità del diritto internazionale generale nel campo interno secondo il diritto costituzionale germanico e austriaco*, *Accademia nazionale dei Lincei, Adunanze straordinarie per il conferimento dei premi A. Feltrinelli*, estratto.

_____, "The Charter of the United Nations and General International Law", in G. A. Lipsky (ed.), *Law and Politics in the World Community*, Berkeley-Los Angeles: University of California Press, 1953, pag. 43.

_____, Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law, *AJIL* 1966, pag. 55.

Joe Verhoeven, "La notion d'applicabilité directe du droit international", *RBDI* 1980, pag. 243.

Frans Viljoen e Lorette Low, "State Compliance with the Recommendations of the African Commission on Human and Peoples' Rights", 1 *AJIL* 2007, pag. 8.

Ugo Villani. *Les rapports entre l'ONU et les organisations régionales dans le domaine du maintien de la paix*, 290 *RdC* 2001, pag. 225.

Mark E. Villiger, *Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties in the Case-law of the European Court of Human Rights*, in Jürgen Bröhmer [et alii.], *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte : Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag am 21. Januar 2005*, 2005, pag. 317.

Michel Virally, "Sur un pont aux anes : les rapports entre droit international et droits internes », *Mélanges offerts à Henri Rolin : problèmes de droit des gens*, Paris : Pedone, 1964, pag. 488.

_____, *Le rôle des principes dans le développement du droit international*, in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, IUHEI, 1968, pag. 901.

_____, *Droits de l'Homme et théorie générale du droit international*, in Karel Vasak, Jean Graven, René Cassin (a cura di), *René Cassin amicorum discipulorumque liber, t.4, Méthodologie des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 1969.

Emmanuel Voyiakis, "Access to Court v. State Immunity", 53 *ICLQ* 2003, pag. 297.

Melissa A. Waters, "Mediating Norms and Identity: The Role of Transnational Judicial Dialogue in Creating and Enforcing International Law," 93 *Geo. L.J.* 2005, pag. 487.

_____, "Cheeping Monism: the Judicial Trend Toward Interpretive Incorporation of Human Rights Treaties", 3 *Columbia Law Review* 2007, pag. 628.

Edward Watson MacWhinney, *The Evolution of United Nations Constitutionalism. The Emerging Constitutional Law of International Organisation*, in AA.VV., *The Evolution of International Law since the Foundation of the UN: With Special Emphasis on the Human Rights*, Thessaloniki: Institute of International Public Law and International Relations of Thessaloniki, 1990, pag. 329.

Joseph H. Weiler e Andreas L. Paulus, “The Structure of Change in International Law or Is There a Hierarchy of Norms in International Law?”, 8/4 *EJIL* 1997, pag. 545.

David Weissbrodt e Maria Bartolomei, “The Effectiveness of International Human Rights Pressures: The Case of Argentina”, 75 *Minnesota Law Review* 1991, pag. 1009.

Karel Wellens, *Solidarity as a Constitutional Principle: Its Expanding Role and Inherent Limitations*, pag. 775, in Ronald Saint John Macdonald e Douglas M. Johnston (a cura di), *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2005, pag. 775.

Mark Weller, “The Reality of an Emerging Universal Constitutional Order”, 10 *Cambridge Review of International Affairs* 1997, pag. 61.

Erika de Wet, “The present control machinery under the European Convention on Human Rights: Its Future Reform and the Possible Implications for the African Court on Human Rights”, 29 *Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 1996, pag. 338.

_____, “Human Rights Limitations to Economic Enforcement Measures Under Article 41 of the United Nations Charter and the Iraqi Sanctions Regime”, 14 *LJIL* 2001, pag. 284.

_____, “The Direct Administration of Territories by the “United Nations and its Member States in the Post Cold War Era: Legal Bases and Implications for National Law”, *Max Planck UNYB* 2004, pag. 292.

_____, “The Prohibition of Torture as an International Norm of Jus Cogens and Its Implications for National and Customary Law”, 15/1 *EJIL* 2004, pag. 97.

_____, “The International Constitutional Order”, 55/1 *ICLQ* 2005, pag. 51.

Chanaka Wickremasinghe e Guglielmo Verderame, *Responsibility and Liability for Violations of Human Rights in the course of UN Field Operations*, in Craig Scott (a cura di), *Torture as Tort*, Oxford: OUP, 2001, pag. 63.

Ralph Wilde, “Quis custodiet ipsos custodes? Why and how UNHCR governance of “Development” refugee camps should be subject to international human rights law”, *Yale Human Rights and Development Law Journal* 1998, pag. 5.

_____, “NGO Proposals for an Asia-Pacific Human Rights System”, 1 *Yale Human Rights and Development Law Journal* 1999, pag. 138.

_____, “From Danzig to East Timor and beyond: the role of international territorial administration”, 95 *AJIL* 2001, pag. 583.

_____, “The accountability of international organisations and the concept of functional duality”, in Wybo P. Heere (a cura di), *From government to governance: the growing impact of non-state actors on the international and European legal systems*, The Hague: TMC Asser, 2004, pag. 170.

_____, “The “legal space” or “espace juridique” of the European Convention on Human Rights: is it relevant to extraterritorial state action?”, in 10/2 *EHRLR* 2005.

Luzius Wildhaber, “A Constitutional Future for the European Court of Human Rights?”, 23 *HRLJ* 2002, pag. 164.

Werner Wouter, “The Never Ending Closure: Constitutionalism and International Law”, in N. Tsagourias (a cura di), *Transnational Constitutionalism – International and European Perspectives*, Cambridge: CUP, 2007, pag. 529.

Ernest A. Young, “The Troubles with Global Constitutionalism”, 38/3 *Texas International Law Journal* 2003, pag. 527.

_____, “Foreign Law and the Denominator Problem”, 119 *Harv. L. Rev.* 2005, pag. 149.

Sienho Yee, *The responsibility of State members of an international organisation for its conduct as a result of membership of their normal conduct associated with membership*, in Maurizio Ragazzi (a cura di), *International responsibility today : essays in memory of Oscar Schachter*, Leiden: Brill, 2005, pag. 229.

Vladimiro Zagrebelsky, “Violazioni ‘strutturali’ e Convenzione europea dei diritti umani”, 3 *Diritti umani e diritto internazionale* 2007, pag. 9.

Davide Zaru e Maria Zuber, “The EU as a Party of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Implications for the Coherence of Internal and External EU Human Rights Policies”, in Manfred Nowak, W. Benedek, *European Yearbook of Human Rights* 2009, pag. 43.

Alfred De Zayas, *Individual Opinions in the Practice of the Human Rights Committee Under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*, in Renato Zerbini Ribeiro Leão (ed.) *Os rumos do direito internacional dos direitos humanos : ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade - Rumbos del derecho internacional de los derechos humanos, Trends in the international law of human rights, Liber amicorum Cançado Trindade*, vol. 3, 2005, pag. 537.

Karl Zemanek, *New Trends in the Enforcement of Obligations Erga Omnes*, 4 *Max Planck UNYB*, 2000, pag. 17.

_____, *The Legal Foundations of the International System*, *RdC* 1997, pag. 9.

Katja Ziegler, “Strengthening the Rule of Law, but Fragmenting International Law: The Kadi Decision of the ECJ from the Perspective of Human Rights”, 9 *HRLR* 2009, pag. 14.

ELENCO DELLA GIURISPRUDENZA INTERNAZIONALE

Corte internazionale di giustizia

Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, parere consultivo dell'11 aprile 1949, ICJ Reports (1949).

Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, parere consultivo del 27 maggio 1951, ICJ Reports (1951).

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)(New Application: 1962), sentenza del 5 febbraio 1970, ICJ Reports (1970).

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), parere consultivo del 27 giugno 1971, ICJ Reports (1971).

United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), sentenza del 24 maggio 1980, ICJ Report (1980).

Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua c. United States), sentenza del 27 giugno 1986, ICJ Reports (1986).

Applicability of the obligation to arbitrate under section 21 of the United Nations Headquarters agreement of 26 June 1947, parere consultivo del 26 aprile 1988, ICJ reports (1988).

Timor Est (Portogallo c. Australia), sentenza del 30 giugno 1995, ICJ Reports (1995).

Legality of the use by a state of nuclear weapons in armed conflict, parere consultivo dell'8 luglio 1996, ICJ Reports (1996).

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, parere consultivo dell'8 luglio 1996, ICJ Reports (1996).

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), sentenza 11 luglio 1996, ICJ Reports (1996).

Gabčikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), sentenza del 25 settembre 1997, ICJ Reports (1997).

Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, parere consultivo del 29 aprile 1999, ICJ Reports (1999).

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, parere consultivo del 9 luglio 2004, ICJ Reports (2004).

Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), ICJ Reports 2004, obiezioni preliminari del 15 dicembre 2004, ICJ Reports (2004).

Armed activities on the territory of the Congo (DRC c. Uganda), Sentenza del 19 dicembre 2005, ICJ Reports (2005).

Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo) – eccezioni preliminari del 24 maggio 2007 e sentenza del 30 novembre 2010 (ICJ Reports 2007 e 2010).

Commissione europea dei diritti dell'Uomo

X c. Germania, decisione del 10 giugno 1958, ricorso n° 235/56, YB 1958.

Austria c. Italia, decisione dell'11 gennaio 1961, ricorso n° 788/60, YB 1961.

Ilse Hess c. Regno Unito, decisione sull'ammissibilità del 25 maggio 1975, ricorso n° 6231/73, YB 1975.

Corte europea dei diritti dell'Uomo

Ringeisen c. Austria, decisione del 22 giugno 1972, ricorso n° 2614/65.

Neumeister c. Austria, sentenza del 7 maggio 1974, ricorso n° 1936/63.

Tyrer c. Regno Unito, sentenza del 25 aprile 1978, ricorso n° 5856/72.

Dudgeon c. Regno Unito, sentenza del 22 ottobre 1981, ricorso n° 7525/76.

Temeltasch c. Svizzera, sentenza del 5 maggio 1982, ricorso n° 9116/80.

Belilos c. Svizzera, sentenza del 29 aprile 1988, ricorso n° 10328.

Soering v. United Kingdom, sentenza del 7 luglio 1989, caso n° 14038/88.

M. & Co. v. Germany, decisione del 9 febbraio 1990, ricorso n° 13258/87.

Pine Valley Developments Ltd e altri c. Irlanda, sentenza del 29 novembre 1991, ricorso n° 12742/87.

Brannigan e McBride c. Regno Unito, sentenza del 26 maggio 1993, ricorso n° 18984/91.

Lopez-Ostra c. Spagna, sentenza del 9 dicembre 1994, ricorso n° 16798/90.

Loizidou c. Turchia, obiezioni preliminari del 23 marzo 1995, ricorso n° 15318/89.

Papamichalopoulos e altri c. Grecia, sentenza del 30 ottobre 1995, ricorso n° 14556/89.

Cantoni c. Francia, sentenza del 15 novembre 1996, ricorso n° 17862/91.

X, Y e Z c. Regno Unito, sentenza del 22 aprile 1997, ricorso 21830/93.

Anna Maria Guerra e altri 39 contro Italia, sentenza del 19 febbraio 1998, ricorso n° caso 14967/89.

Akdivar c. Turchia, sentenza del 1 aprile 1998, ricorso n° 21893/93.

Inçal c. Turchia, sentenza della Grande camera del 9 giugno 1998, ricorso n° 22678/93.

Matthews c. Regno Unito, sentenza della Great Chamber del 18 febbraio 1999, ricorso n° 24833/94.

Waite and Kennedy c. Germania, sentenza del 18 febbraio 1999, ricorso n° 26083/94.

Scozzari e Giunta c. Italia, sentenza della Grande camera del 13 luglio 2000, ricorsi n° 39221/98 e 41963/98.

Fogarty c. Regno Unito, sentenza del 21 febbraio 2001, ricorso n° 37112/97.

Cipro c. Turchia, sentenza del 10 maggio 2001, ricorso n° 25781/94.

Slivenko c. Lettonia, sentenza del 13 luglio 2001, ricorso n° 48321/99.

Hatton e altri c. Regno Unito, sentenza del 2 ottobre 2001, ricorso n°36022/97.

McElhinney c. Irlanda, sentenza del 21 novembre 2001, ricorso n° 31253/96.

Al-Adsani c. Regno Unito, sentenza del 21 novembre 2001, ricorso n° 35763/97.

Bankovic, decisione sull'ammissibilità della Great Chamber del 12 dicembre 2001, ricorso n° 52207/99.

Öneryildiz c. Turchia, sentenza del 18 giugno 2002, ricorso n°48939/08.

Öcalan c. Turchia, sentenza del 12 marzo 2003, ricorso n° 46221/99.

Kyrtatos c. Grecia, sentenza del 22 agosto 2003, ricorso n°41666/98.

Senator Lines c. Austria e altri 14 Stati parti, decisione del 10 marzo 2004 sulla ricevibilità, ricorso n° 56672/00.

Assanidze c. Georgia, sentenza dell'8 aprile 2004, ricorso n° 71503/01.

Broniowski c. Polonia, sentenza 22 giugno 2004, ricorso n° 31443/96.

Gomez c. Spagna, sentenza del 16 novembre 2004, ricorso n° 4143/02.

Mamatkulov e Askarov c. Turchia, sentenza del 4 febbraio 2005, ricorsi n°46827/99 e 46951/99.

Isayeva, Yusupova e Bazayeva c. Russia, sentenza del 24 febbraio 2005, ricorso n° 57947–49/00.

Lukenda c. Slovenia, sentenza del 6 ottobre 2005, ricorso n°23032/02.

Xenides Arestis c. Turchia, sentenza del 22 dicembre 2005, ricorso n°46347, ricorso n°46347/99.

Dybeku c. Albania, sentenza del 8 giugno 2006, ricorso n° 75529/01.

Hutten-Czapska c. Polonia, sentenza del 19 giugno 2006, ricorso n°35014/97.

Behrami c. Francia e Saramati c. Francia, Germania e Norvegia, decisione del 2 maggio 2007, ricorsi n°78166/01 e 71412/01.

Driza c. Albania, sentenza del 13 novembre 2007, ricorso n° 33771/02.

Surmeli c. Germania, sentenza del 18 dicembre 2007, ricorso n°41153/06.

Kasumaj c. Grecia e Gajić c. Germania, decisione del 5 luglio 2007 sull'ammissibilità del ricorso n°. 6974/05.

Berić e altri c. Bosnia-Erzegovina, decisione del 16 ottobre 2007 sull'ammissibilità dei ricorsi n° 36357/04, 36360/04, 38346/04, 41705/04, 45190/04, 45578/04, 45579/04, 45580/04, 91/05, 97/05, 100/05, 1121/05, 1123/05, 1125/05, 1129/05, 1132/05, 1133/05, 1169/05, 1172/05, 1175/05, 1177/05, 1180/05, 1185/05, 20793/05 e 25496/05.

Korbely v. Hungary, sentenza della Great Chamber del 19 settembre 2008, ricorso n° 9174/02.

Ivanov c. Bulgaria, sentenza del 10 novembre 2008, ricorso n°53746/00.

Burdov (No 2) c. Russia, sentenza del 15 gennaio 2009, ricorso n°33509/04.

Slawomir Musial c. Polonia, sentenza del 20 gennaio 2009, n° 28300/06.

Olaru et alii c. Moldova, sentenza del 28 luglio 2009, ricorsi n° 476/07, 22539/05, 17911/08 e 13136/07.

Corte inter-americana dei diritti dell'Uomo

Parere consultivo OC-17/02, *Juridical Condition and Human Rights of the Child*, (2002).

Parere consultivo OC-10/89, *Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights* (1989).

-

Aloeboetoe c. Suriname, sentenza del 10 settembre 1993, Series C, No. 15 (1993).

Victims of the Tugboat "13 de Marzo" c. Cuba, sentenza del 16 ottobre 1996, Series C, n°47 (1996).

Loayza Tamayo c. Perù, sentenza del 16 settembre 1997, Series C 42 n°46 (1998).

Castello Petruzzi c. Perù, sentenza del 30 maggio 1999, Series C 52 n°64 (1999).

Digna Ochoa y Pláido et alii c. Messico, decisione del 19 novembre 1999, Series E n°6 (1999).

Villagrán Morales et alii c. Guatemala, decisione del 19 novembre 1999, Series C, n°. 63 (1999).

Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community c. Nicaragua, sentenza del 31 agosto 2001, Series C n° 20 (2001)

Maritza Urrutia c. Guatemala, sentenza del 27 novembre 2003, Series C, n° 103 (2003).

Juan Humberto Sánchez c. Honduras, sentenza del 7 giugno 2003, Series C, n°. 99 (2003).

Tibi c. Ecuador, sentenza del 7 September 2004, Series C, n°114 (2004).

Gómez Paquiyauri Brothers c. Perù, sentenza dell'8 luglio 2004, Series C, n° 110 (2004).

Herrera-Ulloa, Series C, n°107 (2004).

Moiwana Village c. Suriname, sentenza del 15 giugno 2005, Series C, n° 124 (2005).

Yatama c. Nicaragua, sentenza del 23 giugno 2005, Series C, n° 127 (2005).

Yanomani Indians c. Brazil, Series C n° 7615 (2005).

Caesar c. Trinidad e Tobago, sentenza dell'11 marzo 2005, Series C, n°123 (2005).

giudice Cançado Trindade, opinione separata in *Caesar*, Series C, n° 123 (2005).

Ximenes-Lopes c. Brasile, sentenza del 4 giugno 2006, Series C, n° 149 (2006).

Goiburú c. Paraguay, sentenza del 22 settembre 2006, Series C, n°153 (2006).

Almonacid-Arellano c. Cile, sentenza del 26 settembre 2006, Series C, n° 154 (2006).

Ituango Massacres c. Colombia, sentenza del 1° luglio 2006, Series C, n°148 (2006).

Corte africana dei diritti dell'Uomo e dei popoli

Michelot Yogogombaye c. Senegal, ricorso N°1/2008, sentenza del 15 dicembre 2009.

Commissione africana dei diritti dell'Uomo e dei popoli

Constitutional Rights Project (per conto di Wahab Akamu, G. Adeaga et alii) c. Nigeria, comunicazione n°60/91, decisione del novembre 1994, in *IHRR* 1996, pag. 132.

Civil Liberties Organization c. Nigeria, comunicazione n°129/94, decisione del marzo 1995, in *IHRR* 1995, pag. 616.

Achuthan (per conto di Aleke Banda) et alii c. Malawi, comunicazione n°64/92, decisione dell'ottobre 1995, in *IHRR* 1996, pag. 134.

Free Legal Assistance Group et alii c. Zaire, comunicazione n°25/89, decisione dell'ottobre 1995, in *IHRR* 1997, pag. 89.

Abubakar v. Ghana, comunicazione n°103/93, decisione dell'ottobre 1996, in *IHRR* 1999, pag. 832.

Organisation Mondiale Contre La Torture et alii c. Rwanda, comunicazione n°27/89, decisione dell'ottobre 1996, in *IHRR* 1999, pag. 816.

Peoples' Democratic Organisation for Independence and Socialism c. The Gambia, comunicazione n°44/90, decisione dell'ottobre 1996, in *IHRR* 1999, pag. 823.

Union Inter Africaine des Droits de l'Homme et alii c. Angola, comunicazione n°159/96), decisione del novembre 1997, in *IHRR* 1999, pag. 1139.

International Pen et alii (per conto di Ken Saro-Wiwa Jr.) c. Nigeria, comunicazione n°137/94, decisione dell'ottobre 1998, in *IHRR* 2000, pag. 274.

Amnesty International et alii c. Sudan, comunicazione n°48/90, decisione del maggio 2000, in *IHRR* 2001, pag. 256.

Avocats Sans Frontières (per conto di Gaétan Bwampamye) c. Burundi, comunicazione n°231/99, decisione di novembre 2000, in *IHRR* 2002, pag. 241.

Corte di giustizia delle Comunità europee/dell'Unione europea

C-29/69 *Stauder v Ulm* [1969] ECR 4119.

C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft v Einfh - und Vorratsstelle Getreide* [1970] ECR 1125.

C 21/72 e C-24/72, casi riuniti, *International Fruit Company NV v. Produktschap voor Greonten en Fruit Joined* [1972] ECR 1219.

C-4/73 *Nold v Commission* [1974] ECR 491.

C-36/75 *Rutili v Minister for the Interior* [1975] ECR 1219.

C- 44/79 *Hauer v Land Rheinland-Pfalz* [1979] ECR 3727.

C 812/79 *Burgoa* [1980] ECR 2787.

C-294/83 *Les Verts /Parliament*, [1986] ECR 1339.

C-5/88 *Wachauf v Germany* [1989] ECR 2609.

C-13/94 *P v S and Cornwall CC* [1996] ECR I-2143.

Parere 2/94 *Accession of the European Community to the European Convention for the Safeguard of Human Rights and Fundamental Freedoms* [1996] ECR I-1759.

C-233/99 *PP Limburgse Vinyl Maatschappij* [2002] ECR I-8375.

C-36/02 *Omega* [2004] ECR I-9609.

C-540/03 *Parliament v Council* [2006] ECR I-5769.

C-402/05 P and C-415/05, casi riuniti, *Kadi* [2008] ECR I-6351.

Avvocato generale in C-402/05 P and C-415/05, casi riuniti, *Kadi* [2008] ECR I-6351.

Comitato dei diritti umani delle Nazioni unite

Pratt e Morgan c. Jamaica, conclusioni del 6 aprile 1989, comunicazione 225/198.

Clement Francis c. Jamaica, conclusioni del 25 luglio 1995, comunicazione 606/1994.

Colin Johnson c. Jamaica, conclusioni del 20 ottobre 1998, comunicazione 653/1995.

Kennedy c. Trinidad e Tobago, decisione sull'ammissibilità del 2 novembre 1999, comunicazione 845/1998.

Malcom Ross c. Canada, conclusioni del 18 ottobre 2000, comunicazione 736/1997

Jiménez Vaca c. Colombia, conclusioni del 25 marzo 2002, comunicazione 859/1999

Piandiong et alii c the Philippines, conclusioni del 19 ottobre 2000, comunicazione 869/1999.

Saidova c. Tajikistan, conclusioni dell'8 luglio 2004, comunicazione 964/2001.

Brun c. Francia, conclusioni del 23 novembre 2006, comunicazione 453/2006.

DOCUMENTI

Nazioni unite

Commissione del diritto internazionale

First Report on the Law of Treaties by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur.

Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries of 2001.

Draft articles on diplomatic protection, with commentaries, 2006.

Sixth report on the responsibility of international organisations, 2008.

Comitato per l'eliminazione delle discriminazioni razziali

Preliminary opinion of the on the Issue of Reservations to Treaties on Human Rights, documento delle Nazioni unite CERD/C/62/Misc. 20/Rev.3 del 13 marzo 2003.

Comitato dei diritti umani

Commento generale n°24 (52), Reservations to the ICCPR. v. documento delle Nazioni unite CCPR/C/21/Rev.1/Add.6 del 7 marzo 1994.

Commento generale 31, v. documento delle Nazioni unite HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I) , del 29 marzo 2004.

Commento generale 32, v. documento delle Nazioni unite HRI/GEN/1/Rev.7 del 14 aprile 2006.

Commento generale n°33, v. documento delle Nazioni unite HRI/GEN/1/Rev.7 del 7 marzo 2007.

Comitato dei diritti del fanciullo

Commento generale n. 5, v. documento delle Nazioni unite CRC/GC/2003/5 del 23 novembre 2003.

Segretariato delle Nazioni unite

Summary of Practice of the Secretary-General as Depository of Multilateral Treaties, preparato dalla Sezione "trattati" dell'Ufficio affari giuridici delle Nazioni unite: parr. 205 e 206.

Consiglio d'Europa

Comitato dei Ministri risoluzione su « *les arrêts qui relevent un problème structurel sous-jacent*», risoluzione (2004) 3,

Comitato dei ministri, risoluzione relativa Kokkinatis c. Grecia, DH (97) 576.

Steering Committee for Human Rights, Interim Activity Report of 26 November 2003, doc. CDDH (2003)026 Addendum 1 Final, parr 20-21.

Segretariato, "The Pilot Judgment Procedure: information note issued by the Registry", disponibile su http://www.echr.coe.int/NR/ronlyres/DF4E8456-77B3-4E67-8944-B908143A7E2C/0/Information_Note_on_the_PJP_for_Website.pdf. Comitato dei ministri, risoluzione relativa a *Partito socialista et alii c. Turchia*, DH (99) 245.

Unione europea

European Commission, 'Report on the Practical Operation of the Methodology for a Systematic and Rigorous Monitoring of Compliance with the Charter of Fundamental Rights'. COM(2009) 205, 29 aprile 2009.

International Law Association

Final report, *International Accountability of International Organisations*, Berlin, 2004, pag. 18.

Committee on International Human Rights Law and Practice of the International Law Association, 'Interim and Final Reports on the Impact of the Work of the United Nations Human Rights Treaty Bodies on National Courts and Tribunals.

4th Interim Report of the Committee: The Objective Element in Customary Law, International Committee on the Formation of Customary (General) International Law, International Law Association, Taipei Conference, 1998.

Institut de droit international

Risoluzione "The Protection of Human Rights and the Principle of NON-Intervention in Internal Affairs of States", sessione di San Giacomo di Compostela 1989.

Risoluzione on the obligations to respect international humanitarian law as well as fundamental human rights, sessione di Berlino, 1999.

Abstracts

(italiano)

La presente ricerca si è proposta anzitutto di ricostruire il dibattito in dottrina teso ad indagare l'emergenza nell'ordine internazionale di una costituzione internazionale. Sulla base di tale indagine, abbiamo ricavato una definizione di costituzionalizzazione che riteniamo trasversale e applicabile ai diversi approcci presi in considerazione. Sarebbe da intendersi per costituzionalizzazione dell'ordine internazionale quel processo di creazione di una teoria tendente alla clarificazione/istituzionalizzazione dei meccanismi per lo svolgimento delle seguenti funzioni costituzionali: da una parte, la creazione delle regole che disciplinano la produzione ed esecuzione delle norme, la definizione della soggettività e della giurisdizione, così come la struttura, la divisione e la distribuzione delle sfere di giurisdizione, nonché – in secondo luogo – la funzione di controllo del potere pubblico e orientamento delle sue finalità, attraverso la definizione e attuazione dei valori giuridici fondamentali della Comunità internazionale. Non abbiamo scelto di aderire a quelle posizioni che vedono allo stato la possibilità di rintracciare nell'ordinamento internazionale un unico strumento che integri adeguatamente le soprammenzionate funzioni, si tratti della Carta delle Nazioni unite, o in aggiunta ad esso di una serie di "trattati dell'ordine mondiale", e che pertanto concentrano la loro analisi in una comparazione tra tali strumenti e le costituzioni al livello nazionale. La nostra ipotesi di lavoro è invece consistita nel confrontare il regime del diritto dei diritti umani, tanto da una prospettiva materiale quanto istituzionale, con la griglia interpretativa delle funzioni costituzionali.

Da una prospettiva materiale, l'affermazione per cui il diritto dei diritti umani svolge un ruolo costituzionale si giustifica attraverso le peculiarità che caratterizzano la formazione e la resistenza delle norme sui diritti umani di diritto generale, ed il ricorso alle numerose soluzioni innovative integrate nell'ambito di produzione e attuazione di tale diritto convenzionale, le quali mirano ad un efficace adattamento di tali norme alla situazione speciale della tutela di individui. Inoltre, abbiamo sottolineato la predisposizione del diritto dei diritti umani a dare origine a regimi oggettivi il rispetto della cui integrità costituisce un interesse legittimo ed un dovere morale di ciascuno Stato partecipante a tale regime, se non addirittura un obbligo.

Nell'analisi dell'influenza positiva del diritto dei diritti umani sulla costituzionalizzazione dell'ordine internazionale anche da un punto di vista istituzionale, si è messo l'accento sulle complesse modalità di garanzia di tale diritto, non limitandosi ad una considerazione degli effetti formali dell'atto finale del controllo, ma riconoscendo che meccanismi di controllo non-giurisdizionali, possono avere effetti altrettanto efficienti e funzionali. Gli organi giurisdizionali di garanzia, come quelli non-giurisdizionali di tutela dei diritti umani, svolgono la medesima attività sostanziale, in quanto entrambi determinano anzitutto i fatti rilevanti, sussumono poi tali

fatti sotto le norme pertinenti, per valutarli e determinare quindi se quei fatti si concretano o meno nella violazione delle norme alle quali sono stati ragguagliati. Nonostante non si rivelino in grado di portare all'adozione, contro lo Stato responsabile, di provvedimenti atti a vincolare giuridicamente la condotta di tale Stato, gli organi di controllo non-giurisdizionale sono idonei ad individuare le infrazioni delle norme internazionali cui attengono, ad instaurare un dialogo con lo Stato al fine di determinare la cessazione dell'illecito ed eventualmente giustificano l'attivarsi di altri soggetti nell'attuazione della responsabilità.

Nella dimostrazione della valenza costituzionale del diritto dei diritti umani da un punto di vista sia materiale che istituzionale, si è di fatto insistito sull'esigenza di applicare in maniera rigorosa ma piena al diritto dei diritti umani gli istituti esistenti del diritto internazionale, come ad esempio il regime della responsabilità dello Stato. In questo senso, riteniamo che un approccio costituzionale offra una griglia interpretativa utile a valorizzare la forza giuridica di tale diritto, come la pregnanza giuridica dei momenti diversi dell'accertamento e del controllo del diritto dei diritti umani, nonché i gradi diversi di accountability di ciascun attore che partecipa alle attività di controllo o accertamento dell'esecuzione dei diritti umani, contrastando pertanto quegli approcci che vedono nei diritti umani dei valori etici che occorre prendere in considerazione, o 'mainstream', nell'azione governativa.

In conclusione, l'incisività delle funzioni costituzionali promosse dal diritto dei diritti umani risulta chiara se si prendono in considerazione con maggiore dettaglio le seguenti considerazioni: la capacità di tale diritto di facilitare un'osmosi materiale tra ordinamento internazionali e ordinamenti interni e ordinamenti sui generis; l'alto grado di osservanza spontanea degli Stati alle decisioni degli organi di controllo, che si giustifica con l'importanza attribuita a tale corpus giuridico; la capacità di tale diritto di porre in essere regimi oggettivi caratterizzati dalla tutela di interessi comunitari, e di garantirne l'integrità; la capacità di alimentare una logica cooperativa per la promozione e protezione dei diritti garantiti; la capacità di modificare radicalmente le finalità del diritto internazionale.

(English)

As a first step, the present research took into consideration the doctrinal debate between 1930s and today related to the possible emergence of a 'constitution' in the international legal system. On this basis, the 'international constitutionalisation' was defined in the following terms: The process of development of a legal theory which aims at the identification and institutionalisation of the relevant legal devices in charge of performing two main constitutional functions. First, the function of establishment of rules related to the production and enforcement of norms, to the definition of subjectivity as well as to the allocation of spheres of jurisdiction. Second, the function of control of the public power as well as of the orientation of this power towards the

promotion of public goals and values. The consequent research option could have been to assume that an “international constitution” is already embedded in a single legal instrument, e.g. the UN Charter, or in other “world treaties”, and thereafter to carry out a comparison of this international constitution with domestic constitutions. However, we noted that a similar exercise had already been extensively dealt by the doctrine. This led us to frame differently the present work, and to decide to compare the regime of human rights law with the interpretive framework of the constitutional functions of the international legal system. This comparison was undertaken from both from a material perspective as well as from an institutional one.

From a material perspective, the statement that human rights law performs a constitutional role can be justified with reference to the peculiarities that characterize the formation and resistance of the human rights norms, as well as with reference to the use of many innovative solutions in the field of human rights law – in relation for instance to the regime of reservations or State succession. These innovations are deemed necessary in consideration of the fact that the final beneficiaries of this human rights law are individuals and communities. In addition, we underlined the capacity of human rights law to establish objective regimes, and the related possible emergence of a legitimate interest and a duty, if not an obligation, of each State participating in human rights regimes to protect their integrity.

In the analysis of the possible impact of human rights onto the constitutionalization of the international legal system from an institutional perspective, we emphasised the complex modalities governing the implementation of this corpus of law. Our analysis went beyond the formal effects of control, and outlined the effectiveness also of non-judicial control mechanisms of this body of law. Jurisdictional and quasi-jurisdictional human rights bodies carry out substantially the same mission, as both are expected first to determine the relevant facts, then to subsume the facts under the applicable norms and finally to assess whether the conduct corresponded to a violation of the law. In spite of the lack of binding powers vis-à-vis the State, non-jurisdictional human rights bodies have the capacity to detect a wrongful conduct, and therefore to establish a dialogue with the State with a view to request the cessation and reparation. The authoritative role played by human rights bodies could also justify the claim of other actors to invoke the responsibility of a State for the violation of human rights obligations.

In the course of our analysis, we insisted on the applicability to human rights law of the general regime of the law of state responsibility. In this sense, we believe that a constitutional approach to international law provides for a useful interpretive framework that is instrumental to the enhancement of the enforcement of international law. This approach clarifies the legal significance of the all forms of monitoring of implementation of human rights law. It provides for a framework that helps assessing the respective profiles of responsibility and accountability of duty bearers and rights holders. In a nutshell, a constitutional approach to international law is opposite to the understanding that human rights, in spite of their inclusion in legal instruments,

remain ethical values that the public power should duly consider to mainstream.

In conclusion, the claim that human rights law already performs a series of constitutional functions is supported with a series of additional considerations. First, the capacity of this body of law to facilitate an effective 'osmosis' between the international legal system and domestic legal systems; second, the significant degree of compliance of States with the decisions of monitoring bodies established by human rights treaties, which reflects the importance attached by States and by the international community to the promotion and protection of human rights; third, the capacity of human rights law to put into place objective regimes aiming at the protection of community interests; fourth, the capacity of human rights law to foster a cooperative framework for the promotion and protection of a series of guaranteed rights; fifth, and finally, the capacity of human rights law to radically change the objectives of international law.