

Riccardo Pisillo Mazzeschi

Diritto internazionale dei diritti umani

Teoria e prassi

SECONDA EDIZIONE



Giappichelli

Capitolo I

EVOLUZIONE DEI DIRITTI UMANI NELL'ORDINAMENTO INTERNAZIONALE

Sezione I

FONDAMENTO E SVILUPPO STORICO DEI DIRITTI UMANI INTERNAZIONALI

1. Nozione e fondamento dei diritti umani

La nozione di “diritti umani” è apparentemente semplice; ma in realtà piuttosto complessa. Infatti, essi sono stati, nella storia della filosofia giuridica, via via definiti con termini diversi (diritti naturali, innati, originari, morali, fondamentali); la loro origine storica viene situata in tempi diversi; il loro fondamento giuridico è stato spiegato in maniera diversa dal giusnaturalismo, dal positivismo, dal realismo giuridico e dalla teoria istituzionale; e la nozione medesima di “diritti umani” si è progressivamente molto ampliata.

Per alcuni autori, i diritti umani sono quelle libertà, immunità e benefici che, secondo i valori contemporanei accettati, tutti gli esseri umani dovrebbero essere capaci di pretendere, come diritti veri e propri, dalla società in cui essi vivono¹. Secondo altri, sono diritti umani quelli che hanno la natura di diritti fondamentali ed essenziali della persona e quindi sono imprescrittibili, inalienabili, irrinunciabili ed universali². Secondo altri ancora, i diritti umani costituiscono un minimo invalicabile per ogni essere umano che il diritto deve proteggere a qualsiasi costo³.

Queste definizioni sono piuttosto simili; tuttavia esse non sembrano sufficientemente precise per distinguere chiaramente i diritti umani da altri diritti “ordinari”. Pertanto, si apre il problema del fondamento giuridico dei diritti umani, specie nell’ottica dell’ordinamento internazionale.

Secondo una prima opinione, si può ritenere che un certo diritto costituisca un “diritto umano” quando corrisponde alla natura umana, cioè alla ragione ed alla volontà tipiche della specie umana. Questa tesi ha un’impostazione di fondo giusnaturalistica e presenta lo

¹ Henkin (1995), p. 886.

² Zanghì (2013), p. 4.

³ Focarelli (2008), p. 342.

svantaggio di lasciare un margine di soggettività nel trovare una definizione di “natura umana”, che sia universalmente accettata nel mondo multiculturale contemporaneo.

Altri autori hanno sostenuto la tesi dell’“auto-evidenza” dei diritti umani. Essi sarebbero così evidenti e così immediati, che non richiederebbero di cercarne una giustificazione razionale ed un fondamento giuridico. Ma anche questa tesi si presta ad interpretazioni soggettive diverse da parte dei vari gruppi di Stati aventi tradizioni, religioni e culture diverse.

La terza tesi, a nostro avviso la più convincente, ritiene che i diritti umani si fondino semplicemente sul consenso. In altri termini, sono diritti umani quei diritti che vengono riconosciuti come tali in un certo ordinamento giuridico sulla base di un consenso generalizzato dei soggetti di tale ordinamento. Nell’ordinamento giuridico internazionale sarà il consenso della comunità internazionale a stabilire quali diritti possano essere definiti come “diritti umani internazionali”. Un problema diverso (la cui risposta è più restrittiva) è quello di accertare quali diritti umani siano davvero universali, perché affermatasi nel diritto internazionale generale⁴.

A questa terza tesi si può aggiungere, a nostro parere, un altro concetto; cioè che i diritti umani sono, fra tutti i diritti, quelli che meglio esprimono la funzione essenziale e più nobile del diritto: quella di strumento legittimo nella lotta contro la forza, il potere e l’abuso. Nel diritto internazionale dei diritti umani, questa funzione si realizza soprattutto (ma non esclusivamente) nella opposizione fra l’individuo e lo Stato⁵.

2. Precedenti storici

2.1. Cenni sullo sviluppo storico dei diritti umani nei sistemi giuridici nazionali

Se si vuole risalire ai tempi antichi, si può sostenere che l’idea di alcuni diritti umani può essere rintracciata nella Bibbia, nel Codice di Hammurabi, nelle leggi di città greche come Atene, nonché in alcuni precetti di varie religioni o filosofie, come il Buddismo, il Confucianesimo, l’Induismo.

Tuttavia, uno sviluppo più interessante si ha molti secoli più tardi con alcuni documenti nazionali inglesi, come la celebre *Magna Charta Libertatum* del 1215, l’*Habeas Corpus Act* del 1679 ed il *Bill of Rights* del 1689. Nei tempi più moderni, presentano grande importanza alcune dichiarazioni statunitensi, quali la *Virginia Declaration of Rights* del 12 giugno 1776⁶, l’*American Declaration of Independence* del 4 luglio 1776⁷, e il *Bill of Rights* adottato nel 1789 e ratificato nel 1791⁸. Infine, si deve ricordare, fra i documenti francesi, la Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789⁹. Successivamente,

⁴ Vedi *infra*, par. 4 e Cap. V, Sez. I.

⁵ Questa opposizione evoca, *mutatis mutandis*, l’immagine dello Stato come Leviatano. Vedi Hobbes (1651)

⁶ Art. 1: “[...] all men are by nature equally free and independent, and have certain inherent rights [...]”.

⁷ “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain inalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness ...”.

⁸ Si tratta di dieci emendamenti alla Costituzione degli USA del 1787.

⁹ Art. 1: “Gli uomini nascono e rimangono liberi e uguali nei diritti. Le distinzioni sociali non possono essere fondate che sull’utilità comune”; Art. 2: “Il fine di ogni associazione politica è la conservazione dei diritti naturali ed imprescrittibili dell’uomo. Questi diritti sono la libertà, la proprietà, la sicurezza e la resistenza all’oppressione”.

molti Stati seguirono, nelle loro carte costituzionali, gli esempi degli USA e della Francia¹⁰.

Tuttavia, si deve notare che, in questi strumenti, al di là del linguaggio di stampo universalistico, i diritti umani sono essenzialmente intesi come diritti dei cittadini; e che essi rilevano sul piano del diritto costituzionale interno e non su quello del diritto internazionale. È infatti estranea l'idea che uno Stato possa far valere i diritti umani delle persone contro un altro Stato, e specie contro lo Stato di nazionalità della persona. In altri termini, i diritti umani non ebbero alcun impatto sui rapporti internazionali fra Stati nei secoli XVIII e XIX ed un impatto minimo durante la prima metà del XX secolo.

2.2. *Il ruolo dell'individuo nel diritto internazionale classico*

Secondo la concezione del diritto internazionale classico, predominante fino alla metà del XX secolo, gli individui non erano soggetti del diritto internazionale, il loro ruolo era in sostanza irrilevante ed essi erano sottoposti al potere di governo esclusivo dello Stato del quale erano "sudditi". Il diritto internazionale regolava formalmente solo rapporti fra Stati. Anche dal punto di vista sostanziale, il diritto internazionale si occupava quasi esclusivamente di disciplinare rapporti interstatali e pertanto il modo con cui lo Stato trattava i propri sudditi era una questione c.d. di "dominio riservato" (*domestic jurisdiction*) di tale Stato. In realtà alcuni limiti alla sovranità territoriale degli Stati esistevano già nel diritto internazionale classico; ma gli individui traevano solo un beneficio indiretto da tali limiti e non veri e propri diritti sul piano del diritto internazionale. Vediamo sinteticamente questi limiti.

2.3. *Obbligo di protezione degli stranieri e dei loro beni*

Il diritto internazionale tradizionale ha riconosciuto fin dai primi secoli del suo sviluppo che gli Stati hanno un obbligo di proteggere gli stranieri che si trovano nel proprio territorio o sotto la propria "giurisdizione" da offese relative alla loro persona o ai loro beni, mediante misure di prevenzione e di repressione che si conformino a certi standard minimi di civiltà e di giustizia. Ma tale obbligo, di natura consuetudinaria, era concepito solo come operante fra lo Stato territoriale e lo Stato di nazionalità dello straniero; l'individuo vittima era considerato solo come possibile "beneficiario di fatto" di tale obbligo. Pertanto, quando l'individuo straniero subiva dallo Stato territoriale una violazione di tale obbligo di protezione, soltanto lo Stato nazionale dello straniero aveva il diritto di agire, sul piano internazionale, contro lo Stato offensore, in base alle regole sulla protezione diplomatica e sulla responsabilità internazionale degli Stati.

In sostanza, l'individuo era un "oggetto" e non un "soggetto" del diritto internazionale; ed egli non aveva un vero e proprio diritto neppure a ricevere dal proprio Stato nazionale la riparazione che questo fosse eventualmente riuscito ad ottenere dallo Stato offensore.

¹⁰ Vedi, ad es., i Paesi Bassi (1798), la Svezia (1809), la Spagna (1812), la Norvegia (1814), il Belgio (1831), il Regno di Sardegna (1848), la Danimarca (1849), la Prussia (1850).

2.4. *Intervento umanitario*

La dottrina dell'intervento umanitario, già sostenuta da alcuni internazionalisti nel XVII secolo, riconosceva come legittimo l'uso della forza armata da parte di uno o più Stati, quando esso era necessario per far cessare il maltrattamento di individui in uno Stato estero, e quando tale maltrattamento era così brutale e sistematico da offendere la coscienza della comunità degli Stati¹¹. Di fatto, l'intervento umanitario fu usato soprattutto nel XIX secolo dalle Potenze europee per tutelare i cristiani perseguitati nei territori dell'Impero Ottomano. La dottrina fu talora utilizzata in maniera abusiva e come pretesto degli Stati più forti per occupare o invadere il territorio di Stati più deboli.

Tuttavia, la dottrina dell'intervento umanitario mise in evidenza il fatto che esistevano alcuni limiti alla libertà degli Stati nel trattamento dei propri sudditi, quando si trattava di gravissime violazioni dei diritti umani di questi ultimi. Come vedremo¹², questa dottrina, decaduta verso la metà del XX secolo con l'affermarsi del principio del divieto della forza, ha avuto una certa rinascita in tempi più recenti.

2.5. *Trattati contro la schiavitù e sulla protezione di gruppi religiosi*

Nel XIX secolo, la concezione strettamente interstate del diritto internazionale era largamente dominante; ma vi era la possibilità, sia pure in casi rari e isolati, che uno Stato, tramite un trattato bilaterale o multilaterale, stabilisse degli obblighi volti ad accordare certi diritti agli individui. In questo modo il trattamento degli individui diveniva oggetto di un obbligo internazionale fra gli Stati parti e usciva dalla sfera del "dominio riservato" di tali Stati¹³. Questo processo di "internazionalizzazione" di interessi individuali già ebbe inizio dopo il Congresso di Vienna del 1815.

Il Congresso adottò una Dichiarazione sul commercio degli schiavi, che raccomandava agli Stati la sua abolizione, affermando che la schiavitù era incompatibile con i principi di umanità e di moralità internazionale¹⁴. In seguito, questo obiettivo fu incluso in una serie di trattati bilaterali, in un trattato multilaterale del 1842 fra Stati europei e latino-americani, nel *Berlin Congo Act* del 1885 e nel *General Act* della Conferenza di Bruxelles del 1890 sulla soppressione della schiavitù. Nel 1900, come vedremo¹⁵, il tema fu ripreso nell'importante Convenzione sulla schiavitù del 1926 della Società delle Nazioni e in altri trattati successivi.

Sviluppi simili si verificarono in tema di protezione delle minoranze religiose. Già nel XVII secolo alcuni trattati contenevano norme a tutela delle minoranze religiose. Quindi, il Congresso di Vienna impose ad alcuni Stati l'obbligo di garantire non discriminazione fra le varie minoranze religiose e la libertà di praticare la religione cattolica in certi territori. In seguito, nel Trattato di Berlino del 1878, uno status giuridico speciale fu garantito ad alcuni gruppi religiosi¹⁶.

¹¹ Buergenthal *et al.* (2004), p. 3.

¹² Vedi *infra*, Cap. I, par. 8.3.

¹³ Buergenthal *et al.* (2004), p. 6.

¹⁴ Kälén, Künzli (2009), p. 8.

¹⁵ Vedi *infra*, Cap. V, par. 15.

¹⁶ Buergenthal *et al.* (2004), p. 7.

2.6. *La nascita del diritto internazionale umanitario*

Il diritto internazionale umanitario (originariamente denominato *ius in bello*) si occupa della protezione delle vittime dei conflitti armati e di proibire certi mezzi e metodi di guerra considerati inumani, allo scopo di “umanizzare”, per quanto possibile tramite regole giuridiche, i conflitti armati. La sua origine è assai più antica rispetto al diritto internazionale dei diritti umani, anche se attualmente questi due settori giuridici tendono ad avvicinarsi e ad essere complementari.

La nascita del diritto internazionale umanitario moderno si fa risalire alla metà del XIX secolo, quando lo svizzero Henry Dunant propose delle misure per la protezione delle vittime di guerra, che portarono alla creazione del Comitato Internazionale della Croce Rossa e quindi alla redazione della Convenzione di Ginevra del 1864 per il miglioramento delle condizioni dei feriti e dei malati nelle forze armate¹⁷. Nel frattempo, il Presidente degli USA Lincoln aveva emanato nel 1863 il c.d. Codice *Lieber*, che stabiliva una serie di regole e di istruzioni per lo svolgimento delle operazioni militari nel corso della guerra civile americana. La tappa successiva di questo processo di sviluppo fu la Dichiarazione di San Pietroburgo del 1868, nella quale si proibiva l’uso di certe armi e nel cui Preambolo si dichiarava solennemente che “il solo scopo legittimo che gli Stati dovrebbero perseguire durante la guerra è quello di indebolire le forze militari del nemico”.

Gli sviluppi successivi, di grande importanza, furono le Convenzioni dell’Aja del 1899 e quelle del 1907. Particolarmente significativa è la IV Convenzione dell’Aja del 1907, sulle leggi e gli usi della guerra terrestre, il cui Preambolo contiene la celebre “Clausola Martens”, secondo la quale, in assenza di una regola giuridica specifica applicabile al caso, gli abitanti ed i belligeranti:

“remain under the protection and the rule of the principles of the law of nations, as they result from the usages established among civilized peoples, from the laws of humanity, and the dictates of the public conscience”.

Si deve notare che queste prime regole del diritto internazionale umanitario si fondavano sul principio di reciprocità ed erano concepite strutturalmente nel quadro del diritto internazionale tradizionale di natura interstatale; e quindi non attribuivano veri e propri diritti agli individui sul piano del diritto internazionale. Tuttavia, gran parte di tali regole era, di fatto, destinata a tutelare anche interessi individuali e quindi rappresentava un segnale di crescita del ruolo dell’individuo nel diritto internazionale.

Il diritto internazionale umanitario fu riveduto, aggiornato ed ulteriormente sviluppato nel secolo XX, specie dopo la Seconda Guerra Mondiale¹⁸. Non vi è dubbio che la posizione giuridica dell’individuo è sostanzialmente cambiata e si è rafforzata nel diritto umanitario contemporaneo.

2.7. *La Società delle Nazioni e il sistema dei mandati*

Alcuni sviluppi importanti, in relazione a specifici diritti umani, si verificarono dopo la

¹⁷ Kälin, Künzli (2009), p. 11.

¹⁸ Vedi *infra*, par. 8.1.

Prima Guerra Mondiale. Il Presidente degli USA Woodrow Wilson aveva presentato al Congresso nel 1918 i suoi “Quattordici Punti”, un programma ambizioso volto a creare una comunità internazionale più pacifica e giusta. Egli auspicava, fra l'altro, la realizzazione del principio di autodeterminazione dei popoli, sia pure limitato agli Stati occidentali, attraverso una rideterminazione delle frontiere sulla base del principio della nazionalità ed il riconoscimento della statualità ad entità nazionali in cerca di autonomia. Il principio non fu accolto; ma esercitò una certa influenza sulla Società delle Nazioni (SdN).

In realtà il Patto della Società delle Nazioni, approvato il 28 aprile 1919 e inserito nel Trattato di pace di Versailles del 28 giugno 1919¹⁹, non conteneva delle disposizioni generali dedicate ai diritti umani. L'idea che i diritti umani, in linea generale, dovessero essere protetti a livello internazionale non era ancora matura nella comunità internazionale. Tuttavia, il Patto conteneva due disposizioni, gli artt. 22 e 23, che erano destinati ad avere un'influenza sullo sviluppo di alcuni diritti umani.

L'art. 22 del Patto stabiliva il sistema dei mandati della Società delle Nazioni, che si applicava alle colonie ed ai territori non autonomi degli Stati che avevano perso la Prima Guerra Mondiale e che trasformava tali colonie in Mandati della SdN affidati in amministrazione alle Potenze vincitrici. Lo scopo finale dei mandati era quello di realizzare con il tempo l'autodeterminazione di tali colonie e territori. Nel frattempo, le Potenze affidatarie del mandato si impegnavano con la SdN ad amministrare i territori promuovendo il benessere materiale e morale, ed il progresso sociale, degli abitanti. La Commissione dei mandati (*Mandates Commission*) della SdN gradualmente acquistò con il tempo maggiori poteri nel controllare l'amministrazione dei mandati ed il modo con cui le popolazioni native venivano trattate. Tuttavia, la dissoluzione della SdN pose termine a questo sviluppo. In sua sostituzione, le Nazioni Unite stabilirono il Sistema di amministrazione fiduciaria (*Trusteeship System*), che fu incaricato di poteri di controllo sui restanti mandati e gli altri territori non autonomi.

2.8. *La protezione dei lavoratori*

Nel Trattato di pace di Versailles si riconosceva l'esigenza di proteggere i lavoratori, poiché si affermava che la pace mondiale “può essere stabilita solo se essa si basa sulla giustizia sociale”. L'art. 427 del Trattato enunciava una serie di obiettivi più specifici in materia di protezione dei lavoratori²⁰.

Anche l'art. 23 del Patto della Società delle Nazioni si occupava, fra l'altro, di questioni relative a “condizioni di lavoro eque ed umane per uomini, donne e fanciulli”; e contemplava la creazione di un'organizzazione internazionale per promuovere tale obiettivo. In effetti fu creata l'Organizzazione Internazionale del Lavoro (ILO), che riuscì rapidamente a predisporre e far adottare dagli Stati parti alcune convenzioni importanti, come quella sul lavoro di 8 ore (Convenzione n. 1 del 1919), sulla protezione della maternità (Convenzione n. 3 del 1919), quella sul lavoro notturno da parte di giovani lavoratori (Convenzione n. 6 del 1919), quella sul lavoro forzato (Convenzione n. 29 del 1930).

¹⁹ Il Trattato di Versailles fu firmato da 44 Stati ed entrò in vigore il 10 gennaio 1920.

²⁰ Vedi Kälin, Künzli (2009), pp. 12-13.

2.9. *Il sistema di protezione delle minoranze*

La Società delle Nazioni ha anche esercitato un ruolo importante nella creazione di un sistema internazionale per la protezione delle minoranze. Questa materia non era regolata dal Patto della SdN. Tuttavia, alcuni Stati dell'Europa centrale ed orientale, che erano stati creati dopo il collasso dell'Impero Ottomano e dell'Impero Austro-Ungarico, includevano nel proprio territorio gruppi di minoranze etniche, linguistiche e religiose, che avevano motivi storici per temere che i nuovi Stati non avrebbero rispettato la loro autonomia culturale. Pertanto, gli Stati vincitori della Prima Guerra Mondiale riuscirono ad imporre, ai suddetti Stati, trattati o dichiarazioni unilaterali, che contenevano garanzie di protezione di tali minoranze. Si possono ricordare i trattati di pace con Austria, Bulgaria, Ungheria e Turchia; gli accordi speciali con Cecoslovacchia, Grecia, Polonia, Romania e Jugoslavia; e le dichiarazioni unilaterali di Albania, Finlandia, Estonia, Lituania e Lettonia.

Questi Stati si obbligavano a non effettuare discriminazioni contro i membri delle minoranze protette ed a garantire loro una tutela della vita e della persona, libertà di credo e di pratica religiosi e certi diritti linguistici. Per rafforzare l'adempimento di tali obblighi, gli Stati in questione convenivano che i propri obblighi fossero posti sotto la garanzia della SdN. Quest'ultima esercitò la propria funzione di controllo sviluppando un sistema per trattare le petizioni da parte delle minoranze, che lamentavano violazioni dei propri diritti. Le petizioni venivano esaminate da un Comitato di tre membri del Consiglio della SdN presso il quale gli Stati coinvolti potevano presentare le proprie osservazioni; e, quando fosse opportuno, si chiedeva alla Corte Permanente di Giustizia Internazionale (PCIJ) di fornire un parere consultivo su controverse questioni giuridiche.

Questo sistema di protezione internazionale delle minoranze costituiva un esperimento interessante per quell'epoca. Tuttavia, è anche vero che i trattati sulla protezione delle minoranze si mantenevano nel solco del diritto internazionale tradizionale, poiché stabilivano soltanto obblighi degli Stati nei confronti di altri Stati e della SdN, e non creavano veri e propri diritti sostanziali, a livello internazionale, né per le minoranze come enti collettivi, né per i singoli membri delle minoranze. Questi ultimi avevano solo il diritto di sottoporre petizioni alla SdN.

2.10. *I limiti dei precedenti storici finora trattati*

Si sono visti finora alcuni precedenti storici, che indicano l'esistenza di limiti al principio generale del "dominio riservato" dello Stato nel trattamento dei propri sudditi e, parallelamente, una sempre maggiore attenzione del diritto internazionale per gli interessi ed il ruolo dell'individuo.

Tuttavia, si devono sottolineare tre limiti importanti che caratterizzavano i suddetti sviluppi. Il primo è che essi avevano carattere assai specifico e settoriale. Il secondo limite è che molti dei trattati sopra citati perseguivano in realtà interessi politici o economici degli Stati, più che motivazioni di carattere umanitario. Il terzo limite è che la dottrina all'epoca prevalente, di formazione positivista, continuava ad interpretare tali trattati come formalmente regolanti solo rapporti fra Stati, dai quali non discendevano veri e propri diritti per gli individui sul piano internazionale. Questa tesi fu avallata anche dalla Corte Perma-

nente di Giustizia Internazionale (PCIJ) nella sentenza del 1924 sul caso *Mavrommatis*, nella quale la Corte formulò in termini tradizionali l'istituto della protezione diplomatica affermando che:

“By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own right – its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law”²¹.

3. *La svolta dopo la Seconda Guerra Mondiale: la teoria dei diritti umani si impone a livello internazionale*

Nel periodo successivo alla Seconda Guerra Mondiale, sotto la spinta dell'opinione pubblica mondiale, gli sforzi per una tutela internazionale dei diritti umani, avente un carattere generale e non solo settoriale, si moltiplicano. Gli individui vengono considerati come persone umane da tutelare in quanto tali, e quindi anche verso il proprio Stato nazionale. Pertanto, il tema dei diritti umani, nella loro globalità, diviene un tema centrale sulla scena internazionale.

Il motivo più importante di questo radicale cambiamento è certamente la consapevolezza, da parte della comunità internazionale, che il sistema nazista e gli altri regimi totalitari avevano dimostrato, prima e durante la guerra, un disprezzo assoluto per i diritti umani più essenziali, e che la protezione dei diritti umani tramite le costituzioni dei singoli Stati non era sufficiente. Occorreva invece creare un nuovo ordine mondiale, che fosse fondato sulla pace e sulla tutela internazionale dei diritti umani. Queste idee furono sostenute inizialmente soprattutto dagli Stati occidentali, in virtù delle loro tradizioni costituzionali; furono inserite nella Carta Atlantica del 1941; e furono riprese nella Conferenza di Dumbarton Oaks del 1944, in cui si proponeva l'istituzione delle Nazioni Unite (NU).

Infine, le potenze occidentali, alla Conferenza di San Francisco del 1945, crearono l'Organizzazione delle Nazioni Unite (NU), affidandole come parte importante del suo mandato la promozione e la protezione dei diritti umani. L'idea di fondo era quella di elaborare dei principi sui diritti umani che dovessero guidare l'azione delle NU e degli Stati membri, con lo scopo di creare gradualmente un sistema ampio di protezione dei diritti umani in tempo di pace, tramite la sua progressiva codificazione in una serie di trattati e di meccanismi internazionali di garanzia. Questo scopo si è realizzato, con il tempo, dando luogo al c.d. sistema di tutela dei diritti umani delle NU²². Si tratta di un sistema di tutela a livello (almeno tendenzialmente) universale. A questo si sono aggiunti progressivamente nel tempo alcuni sistemi di tutela dei diritti umani a livello regionale, aventi caratteristiche talora più avanzate rispetto al sistema delle NU²³.

Si può pertanto oggi parlare, in senso più generale e complessivo, di un “sistema internazionale di tutela dei diritti umani”. Questo sistema si è realizzato progressivamente at-

²¹ PCIJ, *Mavrommatis Palestine Concessions*, p. 12.

²² Vedi *infra*, Cap. IV, Sez. I.

²³ Vedi *infra*, Cap. IV, Sezioni II e III.

traverso norme e meccanismi di garanzia (organi e procedure), il cui ampio percorso di evoluzione esamineremo in seguito. Per ora è sufficiente notare che il movimento internazionale per la tutela dei diritti umani, sviluppatosi in maniera generalizzata, e non più soltanto in maniera limitata e settoriale, a partire dall'entrata in vigore della Carta delle NU, si è tradotto, sul piano giuridico, nell'adozione di molti atti di *soft law*, nella conclusione di numerosi accordi internazionali su scala regionale e su scala universale²⁴, ed anche nella creazione di alcune norme di diritto internazionale generale²⁵. Si può inoltre ricordare che, grazie all'attività degli organi internazionali di controllo istituiti da alcuni dei trattati suddetti, esiste ormai una vasta prassi internazionale giurisprudenziale e quasi-giurisprudenziale in materia di diritti umani.

In definitiva, si può affermare che la teoria dei diritti umani ha caratterizzato fortemente la fase di sviluppo della comunità internazionale che si è svolta dopo la Seconda Guerra Mondiale e che tale teoria ha condotto all'affermazione e progressivo consolidamento di un nuovo, vasto ed importante, settore normativo dell'ordinamento internazionale, il c.d. diritto internazionale dei diritti umani.

Inoltre, occorre sottolineare il fatto che la teoria dei diritti umani ha esercitato anche un ruolo più ampio, poiché, radicandosi a fondo nella vita della comunità internazionale, ha finito per produrre una grande influenza sui principi generali che regolano tale comunità e quindi anche, come vedremo²⁶, un impatto sull'ordinamento internazionale complessivamente considerato. In questo senso, si può parlare di un processo di cambiamento strutturale del diritto internazionale.

Ciò è dovuto, a nostro parere, a due motivi principali, fra loro collegati. Il primo è che la teoria dei diritti umani è per sua natura "sovversiva" o "rivoluzionaria"²⁷ rispetto alla struttura tradizionale dei rapporti fra Stati, perché si pone in contrasto con il principio di sovranità, che è il principio base del diritto internazionale tradizionale e che ha impedito a lungo agli Stati di ingerirsi nell'organizzazione interna degli altri Stati e nel modo con cui questi trattano i propri cittadini. Il secondo motivo è che tale teoria mette al centro dell'attenzione l'individuo, che non è più preso in considerazione come oggetto della sovranità statale, ma considerato in sé stesso, come persona umana, e tende ad assumere un ruolo sempre più importante e centrale nella vita della comunità internazionale. Anche in questo senso la teoria dei diritti umani è "sovversiva", perché si pone in contrasto con la concezione tradizionale per cui soltanto gli Stati e gli altri enti sovrani sono i soggetti dell'ordinamento internazionale.

Nella prossima sezione, esamineremo più a fondo l'impatto della teoria dei diritti umani sulla struttura tradizionale del diritto internazionale.

²⁴ Questi accordi contengono sia un catalogo dettagliato di diritti umani che gli Stati parti sono obbligati ad accordare a tutti gli individui sottoposti alla loro giurisdizione, sia strumenti di garanzia e di controllo.

²⁵ Queste norme includono consuetudini, principi di diritto internazionale e principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili *in foro domestico*.

²⁶ Vedi *infra*, Sez. II.

²⁷ Cfr. Cassese (1984), p. 321; Id. (2003-2004), vol. II, pp. 83-84.

4. *Scopi generali dei diritti umani*

4.1. *Dignità della persona umana e valori universali*

All'inizio di questo capitolo abbiamo visto, in estrema sintesi, le tesi principali sulla nozione e sul fondamento dei diritti umani. Conviene ora affrontare il problema degli obiettivi generali perseguiti da tali diritti nell'ordinamento internazionale. Si può dire, a nostro avviso, che le norme internazionali sui diritti umani perseguono contemporaneamente due scopi generali: *a)* quello di proteggere la dignità della persona umana e di difenderla nei confronti dello Stato; *b)* quello di realizzare un valore universale dell'ordinamento internazionale contemporaneo.

Il primo scopo è assai evidente. Sotto la spinta di vari fattori storici, che abbiamo brevemente descritto, la comunità internazionale si è convinta che fosse necessario creare un regime giuridico *internazionale* di tutela dell'individuo nei confronti dello Stato, e specie nei confronti del proprio Stato. Ciò significa anche che il diritto internazionale dei diritti umani tende a creare un regime giuridico di tutela degli *interessi individuali* (e talora di gruppi di individui) che tendono a prevalere sugli interessi statali, per il semplice fatto che i diritti umani sono (quasi sempre) diritti che l'individuo vanta *contro* lo Stato. In questo senso, a nostro avviso, si può ritenere che il *principio di preminenza dell'individuo* (o della persona umana) costituisca un principio-guida del diritto internazionale dei diritti umani.

Il secondo scopo è strettamente collegato al primo. Infatti, sotto la spinta della tutela degli interessi essenziali degli individui, le norme internazionali sui diritti umani hanno oggi lo scopo di realizzare anche un interesse comunitario degli Stati, che prevale sui loro interessi individuali; e ciò perché si riconosce che la tutela dei diritti umani persegue alti obiettivi di umanità, di civiltà e di moralità, e costituisce un *valore centrale ed universale* per l'odierna comunità internazionale. Pertanto, si può ritenere che il *principio di universalità* dei diritti umani costituisca un secondo principio-guida del diritto internazionale dei diritti umani.

Tuttavia, questa seconda conclusione non è scontata, poiché il concetto stesso di universalismo dei diritti umani è controverso e deve confrontarsi con fenomeni di particolarismo e di multiculturalismo che sono presenti nella realtà della comunità internazionale. Il problema merita qualche riflessione.

4.2. *Il problema dell'universalismo dei diritti umani in un mondo multiculturale*

Conviene affrontare il problema dell'universalismo dei diritti umani solo dal punto di vista giuridico²⁸. Nel linguaggio comune, si dà spesso per scontato che i diritti umani siano universali, con un *duplice significato*: *a)* nel senso che essi appartengano a tutte le persone (tutti gli esseri umani); *b)* nel senso che essi siano globalmente riconosciuti, cioè riconosciuti da tutti gli Stati e dalla comunità internazionale nel suo insieme. Anche molte definizioni giuridiche dei diritti umani si fondano sul concetto della loro universalità²⁹. Ma in realtà la questione è più complessa, e può essere riassunta e semplificata in una domanda: è possibile un vero universalismo dei diritti umani in un mondo multiculturale e

²⁸ E quindi trascurando gli aspetti filosofici, storici, sociali, culturali, ecc.

²⁹ Vedi *supra*, par 1.

sempre più diviso³⁰? È innegabile constatare che la realtà contemporanea vede il rinascere dei nazionalismi e dei particolarismi. Pertanto ci si deve chiedere quale sia il significato esatto, nel diritto internazionale, dell'universalismo dei diritti umani

A nostro avviso, la *vocazione* universalistica dei diritti umani è indubbia e non può essere messa in discussione, se non si vuole addirittura rinunciare a credere nell'esistenza dei diritti umani internazionali. Questi ultimi sono diritti che *dovrebbero* spettare a tutte le persone e che tutti gli Stati *dovrebbero* riconoscere e rispettare. L'idea che tutti gli Stati devono garantire i diritti fondamentali a tutti gli esseri umani, e in uguale misura tra loro, risulta nitidamente dall'art. 1 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, secondo cui:

“All human beings are born free and equal in dignity and rights [...]”³¹.

Inoltre, come si è detto sopra, nella comunità degli Stati, anche successivamente alla Dichiarazione Universale, si è affermata l'idea del valore centrale e universale della tutela dei diritti umani; e pertanto si può dire che il *principio dell'universalità è un principio-guida* che opera nell'intero settore.

Tuttavia, a nostro parere, si deve parlare di una *vocazione* universalistica dei diritti umani, e non di un risultato ormai pienamente raggiunto. Infatti questa vocazione universalistica deve fare i conti con un mondo diviso e multiculturale, nel quale esistono concezioni diverse su quali diritti e quali valori siano davvero fondamentali ed essenziali; e con la realtà giuridica, che dimostra come soltanto *alcuni* diritti umani siano regolati dal diritto internazionale generale; e quindi riconosciuti come vincolanti dall'intera comunità internazionale.

In sintesi, si contrappongono due tendenze o, in altri termini, *due principi diversi e contrastanti*: universalismo e multiculturalismo/particolarismo. Ma, poiché, nella teoria dei diritti umani, anche il multiculturalismo viene riconosciuto come un valore importante da difendere³², si pone l'esigenza di tentare di conciliare, in qualche modo, i due principi. Questa esigenza risponde anche al bisogno di armonizzare (o contemperare) gli aspetti utopistici dell'universalismo, che vorrebbe realizzare l'uguaglianza nel rispetto e godimento dei diritti umani per tutti gli Stati e per tutti gli esseri umani, con gli aspetti più realistici del particolarismo, che tiene conto delle diversità concretamente esistenti nella comunità internazionale. Si potrebbe dire, con un'espressione sintetica, che si tratta di conciliare, in qualche modo, i valori dell'uguaglianza con quelli della diversità. In altri termini, occorre armonizzare un'eredità comune di umanità con una pluralità e diversità di valori e di tradizioni.

Questa conciliazione non è facile, perché si tratta di far coesistere il concetto di unità con quello, opposto, di diversità. Ma, come è stato osservato in generale per l'ordinamento internazionale, questa coesistenza può essere considerata:

“[...] as the necessary product of an attempt to conceive of and organize a global society of States in the persistent absence of any central authority”³³.

³⁰ Vedi, di recente, Lenzerini (2014).

³¹ UDHR, art. 1.

³² Cfr. Lenzerini (2014); Crawford (2013), pp. 325-341. Vedi anche l'UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, 20 October 2005.

³³ Crawford (2013), p. 339.

Nel diritto internazionale dei diritti umani, è possibile, a nostro avviso, conciliare unità e diversità se si riconosce che, in questo settore, si è finora realizzato un *equilibrio* (o un compromesso) fra universalismo e multiculturalismo: la *vocazione* universalistica dei diritti umani agisce come forza trainante dell'intero settore, ma essa si è realizzata pienamente, *da un punto di vista giuridico*, soltanto in parte; cioè per quel numero limitato di diritti umani che sono regolati dal diritto internazionale generale (principi del diritto internazionale, diritto consuetudinario, principi generali di diritto riconosciuti *in foro domestico*). Infatti, questi diritti godono del consenso generale della comunità internazionale, consenso che si esprime in modo diverso nelle diverse fonti succitate del diritto internazionale generale³⁴.

Inoltre, come vedremo³⁵, la medesima *vocazione* universalistica si è realizzata, in maniera ancora più forte ed evidente, per quel numero ancora più ristretto di diritti umani che, in aggiunta, sono protetti dallo *ius cogens*; cioè sono riconosciuti addirittura come valori essenziali, fondamentali e non derogabili della comunità internazionale.

Tuttavia, anche il principio del multiculturalismo/particolarismo ha un ruolo importante nel contrapporsi al principio dell'universalismo, poiché la maggior parte dei diritti umani, come vedremo, è regolata solo dal diritto internazionale convenzionale; cioè da norme che vincolano solo gli Stati che le hanno volontariamente accettate e ratificate. È chiaro che quei diritti umani che sono regolati soltanto da trattati, e da trattati ratificati solo da una parte degli Stati esistenti, non possono essere considerati *concretamente* come universali, *da un punto di vista giuridico*. Quei diritti non obbligano tutti gli Stati e non spettano a tutti gli esseri umani. In altri termini, il diritto internazionale convenzionale lascia gli Stati liberi, anche sulla base della propria cultura dei diritti umani, di accettare o meno di obbligarsi al rispetto di certi diritti. Per fare due esempi (seppure non edificanti), se quelle norme dei trattati sui diritti umani, che stabiliscono il principio di uguaglianza fra uomo e donna, non sono concretamente accettate e rispettate dagli Stati del mondo musulmano, ciò impedisce che esse diventino norme di diritto internazionale generale. Un discorso simile si potrebbe fare per altri diritti umani che sono accettati solo da una parte degli Stati, come, ad esempio, il divieto della pena di morte. Qui si esprime il principio del multiculturalismo/particolarismo.

Inoltre, si consideri un altro aspetto nel quale si esprime il rapporto fra universalismo e multiculturalismo/particolarismo; e cioè il fatto che il contenuto della norma consuetudinaria (o comunque di diritto internazionale generale) su un determinato diritto umano non è identico a quello delle corrispondenti norme convenzionali sul medesimo diritto. Di solito, il contenuto della norma consuetudinaria è più generale, più semplice e più essenziale, come vedremo meglio in seguito. Ad esempio, il diritto alla vita nel diritto consuetudinario significa, in sostanza, il divieto di privazione arbitraria della vita³⁶. Invece, nelle numerose norme convenzionali che lo regolano, il diritto alla vita ha un contenuto più complesso e dettagliato, e prevede restrizioni e deroghe, nonché criteri per definire meglio il criterio di arbitrarietà. Per fare un altro esempio, il diritto di accesso alla giustizia nel diritto consuetudinario ha un contenuto sintetico ed essenziale³⁷, mentre nelle varie norme convenzionali esso si specifica in disposizioni dettagliate sul giusto processo e sui ricorsi interni effettivi, che stabiliscono

³⁴ Vedi *infra*, Cap. II.

³⁵ Vedi *infra*, parr. 7.3.2, 7.4.2, Cap. II, par. 6, Cap. V, par. 4.5.

³⁶ Vedi *infra*, Cap. V, par. 7.

³⁷ Vedi *infra*, Cap. V, par. 18.

un regime giuridico complesso, con una serie di garanzie sostanziali e procedurali. E queste disposizioni convenzionali variano a seconda dei diversi trattati e dei diversi sistemi convenzionali sui diritti umani, lasciando uno spazio al particolarismo e al regionalismo.

Vi è un altro aspetto da notare, che riguarda il rapporto fra trattati diversi sui diritti umani. Ad esempio, la Carta africana sui diritti dell'uomo e dei popoli riconosce diritti collettivi, diversamente dai trattati stipulati nel quadro delle NU. Ciò presuppone che, a livello regionale africano, si abbia un catalogo più ampio dei diritti umani e che anche i diritti individuali siano interpretati in coerenza con quelli collettivi. Infine, il particolarismo/regionalismo si esprime anche nell'interpretazione dei medesimi trattati. Infatti gli organi internazionali di controllo propendono spesso per un'interpretazione "multiculturale", ritenendo che i diritti umani contengano in parte elementi di universalismo e in parte elementi che riconoscono le specificità culturali delle varie comunità interessate³⁸.

Ma si deve anche notare che il diritto convenzionale sui diritti umani non favorisce solo la tendenza verso il multiculturalismo. Esso può, nel difficile *equilibrio* fra le due tendenze, esprimere anche, sia pure in parte, la *vocazione* universalistica, per almeno tre motivi: *a)* alcuni trattati sui diritti umani sono "quasi universali", perché sono stati ratificati da un numero altissimo di Stati³⁹; *b)* il diritto pattizio sui diritti umani può avere, in molti casi, un impatto notevole sullo sviluppo progressivo del diritto internazionale generale (specie quello consuetudinario)⁴⁰; *c)* il principio-guida universalistico esercita un'influenza su certi caratteri "speciali", che possiede il diritto convenzionale sui diritti umani rispetto al tradizionale diritto dei trattati⁴¹, poiché tende a favorire la più ampia partecipazione possibile a tali trattati da parte degli Stati e ad ampliare la loro sfera di applicazione.

In sintesi, il rapporto fra universalismo e multiculturalismo/particolarismo nel settore dei diritti umani può essere, a nostro avviso, rappresentato visivamente da tre cerchi concentrici. Il più grande comprende tutti i diritti umani, che sono incorporati nel vasto complesso del diritto internazionale convenzionale sui diritti umani. È il cerchio che rappresenta meglio il multiculturalismo. Un secondo cerchio più piccolo, all'interno del primo, comprende i diritti umani regolati dal diritto internazionale generale. Già in questo secondo cerchio si esprime l'universalismo, in un'ottica rigorosamente giuridica. Infine, un terzo cerchio ancora più piccolo, all'interno del secondo, comprende i diritti umani regolati dallo *ius cogens*. Anche qui si esprime, e con una forza normativa ancora più forte, il principio dell'universalismo.

Via via che il diritto internazionale dei diritti umani si sviluppa e si amplia progressivamente (processo che si è verificato fin dalla metà del XX secolo), i due cerchi più piccoli tendono ad allargarsi; e quindi tende a diminuire la differenza fra le loro dimensioni e quella del cerchio più grande. In altri termini, l'universalismo si rafforza a spese del multiculturalismo/particolarismo. Ma, ovviamente, si tratta di un processo molto lento e non sempre lineare e continuo; e i tre cerchi non finiranno mai per coincidere. Per di più, le recenti fratture della comunità internazionale ed il processo di deglobalizzazione inducono ad essere pessimisti, per i prossimi anni, sulla continuità nello sviluppo di tale processo.

³⁸ Cfr. Lenzerini (2014), pp. 144-212.

³⁹ Vedi, ad es., la Convenzione sui diritti del fanciullo (*infra*, Cap. IV, par. 5.2.7).

⁴⁰ Vedi *infra*, Cap. II, par. 3.2.

⁴¹ Vedi *infra*, Cap. II, parr. 9 e 10.

Sezione II

TEORIA DEI DIRITTI UMANI E PROCESSO
DI MODERNIZZAZIONE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE5. *Introduzione*

Come si è detto sopra, la teoria dei diritti umani ha via via assunto un ruolo centrale nel diritto internazionale e si è radicata a fondo nella dinamica della società internazionale contemporanea.

Ciò significa, a nostro avviso, che tale teoria ha anche prodotto un fenomeno di innovazione e modernizzazione sia su alcuni aspetti generali e strutturali del diritto internazionale sia su molti settori specifici di tale diritto⁴². A questo proposito, una parte della dottrina ha parlato di un processo di “umanizzazione” del diritto internazionale, volendo significare che il diritto internazionale “classico” o “tradizionale”, formato essenzialmente da norme c.d. “stato-centriche” (cioè protettive dei rapporti interstatali), pur restando in gran parte attuale anche nel mondo contemporaneo, ha via via e progressivamente lasciato uno spazio anche ad un diritto internazionale “nuovo”, formato da norme c.d. “umanocentriche” (cioè tese a proteggere anche e soprattutto la persona umana)⁴³.

Tuttavia, si deve avvertire subito che un'altra parte della dottrina non è d'accordo sull'esistenza di tale processo di modernizzazione e di “umanizzazione” del diritto internazionale; o comunque tende a sminuirne molto l'importanza⁴⁴.

A queste due opinioni diverse corrispondono, in gran parte, due teorie generali assai diverse sulla coerenza e completezza dell'ordinamento internazionale e sul problema connesso dell'esistenza o meno dei c.d. regimi *self-contained*⁴⁵. Queste teorie conducono a concepire in maniera differente anche il settore specifico costituito dal diritto internazionale dei diritti umani: si tratta di un sistema chiuso ed isolato, incapace di comunicare e di interagire con il diritto internazionale generale e con altri settori specifici di tale diritto (e quindi si tratta, in sostanza di un regime *self-contained*) oppure, viceversa, si tratta di un settore che comunica e interagisce con l'ordinamento internazionale complessivamente considerato? Come è chiaro, soltanto quest'ultima concezione del diritto internazionale dei diritti umani consente di ipotizzare che esso abbia prodotto il suddetto fenomeno di modernizzazione dell'intero ordinamento internazionale. Pertanto conviene approfondire il discorso sulle due teorie generali in questione.

⁴² Si veda, per opere classiche, Friedmann (1964); Jennings (1979); Simma (1994); Tomuschat (1993); Carrillo Salcedo (1997).

⁴³ Vedi, in particolare, Simma (1993); Meron (2003); Id. (2006); Pisillo Mazzeschi (2004a), pp. 16-36; Id. (2008), pp. 198-220; Sicilianos (2012); Pisillo Mazzeschi, De Sena (eds.) (2018).

⁴⁴ Vedi, ad es., Weil (1983); Id. (1992), spec. pp. 25-39 e 66-81; Combacau (1986); Combacau, Sur (2006), pp. 17-28; Pellet (2000).

⁴⁵ Sulla teoria dei regimi *self-contained*, vedi Simma (1985); Simma, Pulkowski (2006). Vedi anche Pisillo Mazzeschi (2014a), pp. 278-287; Crawford (2013), pp. 275-309; Treves (2019), pp. 339-373.

6. *Il diritto internazionale dei diritti umani come regime self-contained?*

Una parte della dottrina internazionalistica (composta specie dagli autori specializzati in singoli settori) aderisce alla prima delle due teorie generali sopra indicate; e cioè si fonda, già in partenza, su una concezione “particolaristica” del diritto internazionale, che considera tale diritto come un insieme di sottosistemi normativi scarsamente interconnessi fra loro, per la carenza di principi sovraordinati comuni⁴⁶. Ciò conduce a favorire la teoria generale dei regimi *self-contained*; e quindi anche l’idea che il sistema internazionale dei diritti umani costituisca, in tutto o in parte, un regime *self-contained*; cioè un regime speciale di per sé chiuso e sufficiente, che esclude il ricorso a norme diverse da quelle che appartengono al regime in oggetto, e quindi esclude anche il funzionamento del diritto internazionale generale o, quantomeno, lo ammette solo in casi eccezionali e residuali.

D’altra parte, l’idea che il diritto internazionale dei diritti umani costituisca un regime *self-contained* viene accolta, su basi meno teoriche e più pragmatiche, anche da molti studiosi specializzati nel settore dei diritti umani, i quali tendono, probabilmente mossi anche un sincero entusiasmo ed ottimismo per i rapidi sviluppi del settore, ad accentuare l’importanza di tali sviluppi e, di conseguenza, anche a sovrastimare le differenze fra il regime giuridico dei diritti umani ed il diritto internazionale generale. In sostanza, ciò significa che, per questi autori, le caratteristiche peculiari del regime dei diritti umani non incidono sul diritto internazionale generale. Pertanto, questa tendenza conduce anch’essa ad “isolare” la tutela internazionale dei diritti umani rispetto al tradizionale sistema complessivo del diritto internazionale. Lo strumento giuridico principale, che può fornire la base teorica a questo approccio “particolaristico”, è, come si è detto sopra, il concetto di regime *self-contained*. Si tratta, a nostro avviso, di un risultato paradossale per i sostenitori dei diritti umani (gli *human rights lawyers*), perché significa, in un certo senso, chiudere questo settore in una sorta di “ghetto” ed ammettere che esso non riesce ad incidere sull’intero ordinamento internazionale.

Al contrario, in maniera inversa ed opposta, un’altra parte della dottrina internazionalistica (formata specie dagli studiosi c.d. “generalisti”), si fonda su una concezione generale assai diversa circa la struttura stessa del diritto internazionale e considera tale diritto come un ordinamento giuridico unico, e con caratteri di completezza e coerenza sistematica (concezione “universalistica” del diritto internazionale). Questa dottrina, alla quale aderiamo con convinzione, tende in linea di massima a respingere il concetto di regimi *self-contained*, intesi come sistemi totalmente chiusi verso l’esterno, ed invece ad accettare solo la possibilità di regimi speciali, specie di natura convenzionale, che funzionino nel quadro dei normali rapporti fra diritto generale e diritto speciale. Inoltre, l’esistenza di un regime speciale, che deroghi al diritto internazionale generale, dovrebbe risultare da elementi certi; e cioè dal fatto che gli Stati parti di un regime speciale convenzionale abbiano chiaramente manifestato tale volontà derogatoria.

⁴⁶Sul problema della c.d. “frammentazione” del diritto internazionale vedi ILC, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission (Finalized by Martti Koskenniemi)*, A/CN.4/L.682 of 13 April 2006; Koskenniemi, Leino (2002). In senso critico, vedi Conforti (2007); Benvenisti (2008); Simma (2009).

Questa concezione generale si applica anche al campo specifico dei diritti umani. La dottrina in esame mostra la tendenza a non “isolare” il diritto internazionale dei diritti umani rispetto al diritto internazionale generale ed agli altri settori specialistici di tale diritto; e quindi a ritenere che la tutela internazionale dei diritti umani, pur costituendo per molti aspetti un regime che può derogare al diritto internazionale generale, in base al criterio di specialità, faccia comunque parte del sistema generale ed interagisca con tale sistema e con altri regimi speciali, con la possibilità di reciproche influenze, interazioni e coordinamenti. È chiaro che questa dottrina è assai più incline ad ammettere che si sia realizzato quel processo di “umanizzazione” del diritto internazionale di cui abbiamo sopra parlato. Pertanto, se ciò è vero, si deve concludere che sono gli autori generalisti, più che gli specialisti dei diritti umani, che riconoscono più facilmente l’impatto innovatore di tali diritti sull’intero sistema del diritto internazionale.

Per concludere, si deve sottolineare il fatto che, anche al di là delle premesse teoriche e dottrinali di partenza, è l’esame concreto della realtà del diritto internazionale contemporaneo che dimostra la correttezza della seconda concezione sopra descritta. Infatti, come vedremo subito, è assai difficile negare che la teoria dei diritti umani, trasportata sul piano internazionale, abbia prodotto un notevole impatto sull’ordinamento internazionale⁴⁷. Per ragioni sistematiche, distingueremo fra due fenomeni di cambiamento: *a)* un vero e proprio processo di modifica strutturale dell’ordinamento giuridico internazionale; *b)* un impatto su una serie di settori specifici di tale ordinamento.

7. *Influenza della teoria dei diritti umani sulla struttura tradizionale dell’ordinamento internazionale*

7.1. *Ampliamento del contenuto e dell’ambito di applicazione del diritto internazionale*

Secondo la definizione classica o tradizionale, assolutamente dominante fino alla metà del XX secolo, il diritto internazionale è l’ordinamento giuridico che regola i rapporti fra Stati (o fra Stati ed altri enti sovrani). Questa affermazione intende prima di tutto mettere in rilievo che il diritto internazionale regola *materialmente* rapporti fra Stati; cioè che il suo *contenuto tipico* è quello di disciplinare materie attinenti a rapporti interstatali, a relazioni e questioni giuridiche per così dire “esterne” e di interesse tipicamente diplomatico.

La teoria dei diritti umani ha prodotto una frattura notevole rispetto a tale contenuto, poiché ha trasferito a livello giuridico internazionale i rapporti fra lo Stato e i suoi cittadini ed ha attribuito all’individuo un ruolo centrale. In tal modo essa ha prodotto un notevole *ampliamento del contenuto materiale* e della sfera di applicazione del diritto internazionale⁴⁸. Infatti il diritto internazionale contemporaneo non disciplina più soltanto rapporti tipicamente interstatali, ma anche, e sempre di più, moltissimi rapporti che si svolgono all’interno delle varie comunità statali, che intercorrono fra Stati ed individui, e che interes-

⁴⁷ Vedi Pisillo Mazzeschi (2014b).

⁴⁸ *Ibidem*, p. 90. Sul tema generale dell’espansione del diritto internazionale vedi, di recente, Treves (2019).

sano tutti gli operatori giuridici interni e tutti gli individui⁴⁹. Si potrebbe dire, con espressione sintetica, che il diritto internazionale non è più soltanto un diritto per gli Stati, ma *anche un diritto per gli individui*. In questo processo di cambiamento, la teoria dei diritti umani ha giocato un ruolo primario e fondamentale, poiché essa, come si è detto, ha internazionalizzato i rapporti fra lo Stato ed i suoi cittadini, che per secoli erano questioni di competenza domestica (o dominio riservato), esclusi dalla sfera stessa di applicazione del diritto internazionale. Tale teoria ha prodotto inoltre una spinta dinamica per lo sviluppo di altri settori del diritto internazionale contemporaneo, che disciplinano anch'essi rapporti fra Stati ed individui o rapporti interindividuali: basti pensare al diritto internazionale penale ed al diritto internazionale umanitario contemporaneo⁵⁰.

7.2. *Allargamento dei soggetti del diritto internazionale: il nuovo ruolo dell'individuo*

Un secondo elemento della nozione tradizionale del diritto internazionale riguarda i suoi soggetti o destinatari formali. Nel diritto internazionale classico solo gli Stati sono destinatari *formali* delle norme internazionali e considerati soggetti. Gli individui sono ritenuti solo “oggetti” o, quantomeno, meri “beneficiari di fatto” delle norme internazionali. In epoca più recente, si è affermata anche la soggettività internazionale delle organizzazioni internazionali.

La teoria dei diritti umani internazionali ha, secondo l'opinione ormai dominante, dato un contributo fondamentale per cambiare radicalmente tale concezione tradizionale⁵¹. Oggi si ammette che il diritto internazionale contemporaneo regola *formalmente e direttamente* (cioè senza necessità di essere recepito dal diritto interno) anche *alcuni* rapporti fra Stati ed individui (ed altri enti non statali) ed *alcuni* rapporti interindividuali. In altri termini gli individui sono adesso *destinatari diretti* di *alcune* norme internazionali, non solo primarie, ma anche secondarie e terziarie, e quindi anche di diritti e obblighi sul piano internazionale. La stessa Corte internazionale di giustizia (CIG) ha stabilito che la Convenzione di Vienna del 1963 sulle relazioni consolari contiene norme che attribuiscono diritti agli individui⁵².

Le norme internazionali sui diritti umani sono l'esempio principale, anche se non il solo, di norme che impongono obblighi ad uno Stato cui corrispondono sia diritti di altri Stati, sia *diritti di individui*. Ed anzi, conviene ribadire qui quanto già abbiamo detto⁵³: cioè che il principio della *preminenza dell'individuo* domina l'intero settore del diritto internazionale dei diritti umani. Quanto agli obblighi, sono le norme del diritto internazionale penale l'esempio principale di norme internazionali che impongono direttamente obblighi agli individui.

In dottrina, poiché non vi è accordo unanime sul concetto di soggettività internaziona-

⁴⁹ Cfr. Conforti (2006), p. 3.

⁵⁰ Vedi *infra*, par. 8.1 e 8.2 e Cap. V, par.9.

⁵¹ Vedi Pisillo Mazzeschi (2004a), pp. 16-36; Id. (2014a), pp. 287-294.

⁵² ICJ, *LaGrand*, p. 466; *Avena*, p. 121. Vedi anche IACtHR, *The Right to Information on Consular Assistance*, par. 80.

⁵³ Vedi *supra*, par. 4.

le, si discute ancora se questo cambiamento significhi che gli individui sono “soggetti” del diritto internazionale, oppure “soggetti parziali o limitati”, oppure solo dotati di certe capacità⁵⁴. A nostro avviso, si tratta oramai di una discussione solo teorica, che non incide molto sulla realtà, che consiste nel determinare, in concreto e volta per volta, quali siano i destinatari di *ogni singola norma* internazionale ed i titolari di *ogni singolo diritto o obbligo* internazionale⁵⁵. Volendo, questa soluzione, di natura pragmatica, potrebbe concretizzarsi nella tesi, mutuata dai diritti interni, di ritenere che gli individui siano soggetti internazionali, ma che abbiano *capacità* volta per volta diverse (e talora nessuna capacità), a seconda dei singoli settori e delle singole norme del diritto internazionale.

In ogni caso, è chiaro che la teoria dei diritti umani, anche su questo aspetto della soggettività, ha modificato radicalmente un elemento fondamentale, che aveva caratterizzato per secoli la struttura tradizionale di tale diritto. Oggi si può sostenere che la comunità internazionale deve essere intesa in senso lato, come comprendente anche gli individui ed altri attori non statali.

7.3. *Modifica della natura tipica del diritto internazionale*

Un terzo elemento della nozione tradizionale del diritto internazionale riguarda la sua *funzione tipica* e la sua *natura giuridica*⁵⁶. Il diritto internazionale classico, specie quello consuetudinario, ha la funzione tipica di regolare la coesistenza fra Stati, nel quadro di una struttura paritaria e orizzontale della società internazionale. Di conseguenza, esso si fonda essenzialmente sui principi di reciprocità e bilateralità ed ha pertanto una natura giuridica tipicamente “privatistica”, cioè tesa a regolare gli interessi individuali dei singoli Stati. Questa natura privatistica concerne due aspetti principali: *a)* l'assenza degli interessi collettivi degli Stati; *b)* l'assenza di valori fondamentali appartenenti all'intera comunità internazionale. Il primo aspetto è illustrato dal fatto che le norme internazionali tradizionali, anche quando sono indirizzate a più Stati, operano in maniera bilaterale e reciproca. Il secondo aspetto è mostrato dal fatto che le norme tradizionali consuetudinarie hanno quasi tutte natura dispositiva, cioè possono essere derogate dagli Stati mediante accordo; e ciò conferma che il diritto internazionale classico non riconosce l'esistenza di valori fondamentali dell'intera comunità internazionale, che siano di natura inderogabile.

Per un processo storico naturale, l'ampliamento del contenuto materiale del diritto internazionale ha prodotto anche un'estensione della sua funzione e della sua natura: il c.d. diritto internazionale della *coesistenza*, tutto impostato su una concezione individualistica e “privatistica” dei rapporti fra Stati, sui principi della reciprocità e del “bilateralismo” in materia di responsabilità fra Stati, pur sopravvivendo in ampia misura, ha lasciato via via spazio anche al c.d. diritto internazionale della *cooperazione*, che si è sempre di più aperto alla tutela di interessi collettivi, solidaristici e talora addirittura comunitari degli Stati⁵⁷. In

⁵⁴ Vedi Pisillo Mazzeschi (2014a), pp. 287-294. Sulle varie teorie in tema di soggettività degli individui nel diritto internazionale vedi anche, fra gli altri, Bartolini (2009), pp. 17-53; Peters (2016), pp. 167-193.

⁵⁵ Vedi anche Treves (2019), p. 110, secondo il quale è sostanzialmente una questione di preferenza dottrinale o politica quella di considerare gli individui come soggetti o no del diritto internazionale.

⁵⁶ Vedi Pisillo Mazzeschi (2014b), pp. 90-92.

⁵⁷ Si veda, *supra*, la dottrina citata nel par. 5.

altri termini, vi è stato non solo un fenomeno di aumento quantitativo della cooperazione fra Stati, ma anche un'apertura progressiva verso una concezione "pubblicistica" dei rapporti fra Stati, quantomeno a livello normativo, se non ancora a livello istituzionale.

Questo fenomeno di cambiamento è stato provocato da una serie complessa di fattori; ma si deve riconoscere che la teoria dei diritti umani ha esercitato un ruolo fondamentale, che è bene evidenziato dai concetti di obblighi *erga omnes* e di *ius cogens*.

7.3.1. *Obblighi erga omnes e valori collettivi*

Il primo concetto è legato alla nascita, nel diritto internazionale contemporaneo, di alcuni *interessi collettivi e comunitari* degli Stati.

Come si è già accennato, nel diritto internazionale tradizionale, di solito le norme creano vincoli bilaterali fra Stati; cioè creano diritti ed obblighi reciproci fra di essi. In altri termini, tali norme hanno natura "sinallagmatica". Ciò si verifica non solo per le norme derivanti dai trattati bilaterali; ma anche per quelle derivanti dai trattati multilaterali o dal diritto consuetudinario. Infatti, anche quest'ultime due categorie di norme, pur indirizzandosi come destinatari ad una pluralità di Stati, sono suscettibili di essere scomposte in un fascio di rapporti bilaterali fra Stati. Questa scomposizione si vede bene in caso di violazione della norma, poiché solo lo Stato leso (cioè lo Stato il cui diritto soggettivo è stato violato e che ha subito un danno) ha una legittimazione attiva a far valere il rapporto di responsabilità (principio del bilateralismo). Naturalmente vi erano, anche nel diritto internazionale tradizionale, alcune eccezioni al principio di reciprocità ed alla regola della natura "sinallagmatica" delle norme internazionali. Ma esse erano, appunto, solo isolate eccezioni. Il principio di reciprocità era dominante perché rispecchiava bene la struttura paritaria ed esclusivamente orizzontale della comunità internazionale, l'assenza di intensi legami giuridici fra Stati e l'assoluta prevalenza degli interessi individuali ed egoistici degli Stati su quelli di natura collettiva.

La situazione è molto cambiata nel diritto internazionale contemporaneo, poiché esistono adesso molti esempi di norme internazionali che non si basano sulla reciprocità, ma sull'opposto principio c.d. della solidarietà. Si tratta appunto delle norme che istituiscono vincoli od obblighi solidali o, come si usa dire più spesso, obblighi *erga omnes*⁵⁸. Questo termine significa che l'obbligo esiste verso tutti i membri della comunità internazionale (obblighi *erga omnes*) oppure verso tutti i contraenti di un trattato multilaterale (obblighi *erga omnes partes*); e cioè che la sua violazione da parte di uno Stato *interessa* tutti gli altri Stati o, quantomeno, tutti gli altri Stati parti di un trattato. In altri termini, la solidarietà dell'obbligo può derivare sia da una norma consuetudinaria che da una norma pattizia. È evidente che questa evoluzione del diritto internazionale contemporaneo è legata al progressivo emergere in tale ordinamento di *valori collettivi* della comunità internazionale. Le norme che proteggono tali valori hanno un carattere "pubblicistico" più che "privatistico" e pertanto si pongono su un piano diverso rispetto alle altre norme dell'ordinamento e tendono a creare obblighi di natura solidale.

Si deve sottolineare che l'impulso iniziale e la spinta decisiva per lo sviluppo del concet-

⁵⁸ Sugli obblighi *erga omnes* la bibliografia è vastissima. Ci si limita a rinviare a: Simma (1994); Ragazzi (1997); Picone (2005); Tams (2005); Ronzitti (2007); Pisillo Mazzeschi (2008), pp. 249-256; Gaja (2014), pp. 97-136.

to di obblighi *erga omnes* sono derivati proprio dal settore dei diritti umani, come è dimostrato dal fatto che la Corte internazionale di giustizia, nel celebre brano della sentenza *Barcelona Traction* in cui enuclea il concetto di obblighi *erga omnes*, include soprattutto esempi relativi ai diritti umani⁵⁹. Infatti, le norme consuetudinarie ed i trattati sui diritti umani sono esempi paradigmatici di norme che contengono obblighi *erga omnes*, nel senso che vincolano ogni Stato nei confronti di tutti gli altri Stati o (nel caso degli obblighi *erga omnes partes*) nei confronti di tutti gli altri Stati parti di un trattato multilaterale.

Da ciò conseguono effetti importanti specie nel settore della *responsabilità* internazionale, poiché la violazione degli obblighi *erga omnes* lede un diritto, o comunque un interesse giuridico, di tutti gli altri Stati o di ogni altro Stato parte del trattato multilaterale⁶⁰. Pertanto, è evidente che il nuovo concetto di obblighi solidali, pur convivendo con i tradizionali concetti di obblighi bilaterali e reciproci, ha introdotto un cambiamento notevole nella funzione e natura tipica del diritto internazionale classico, poiché il riconoscimento di valori collettivi o comunitari, come si è detto, costituisce una spinta verso una natura “pubblicistica” del diritto internazionale.

7.3.2. *Ius cogens e valori fondamentali*

Un discorso simile si può fare per il concetto di *ius cogens*⁶¹, che trae origine dallo sviluppo, nel diritto internazionale contemporaneo, di alcuni valori *essenziali, fondamentali e inderogabili* dell'intera comunità internazionale. Il concetto giuridico di *ius cogens*, ormai universalmente riconosciuto, non deve essere confuso con quello di obblighi *erga omnes*, perché il primo non riguarda la struttura particolare dell'obbligo, ma piuttosto il valore, la forza di resistenza e, secondo la tesi preferibile, anche il *rango gerarchico* della norma⁶². Inoltre, la nozione di *ius cogens* è più restrittiva di quella di obblighi *erga omnes*. Tuttavia, vi sono anche forti affinità fra i due concetti, poiché alla loro base vi è l'idea che, nel diritto internazionale contemporaneo, vi sono dei valori comunitari o pubblici, che devono essere tutelati.

La teoria dei diritti umani ha giocato un ruolo importante anche nel far emergere e affermare nel diritto internazionale il concetto di *ius cogens* e, in pratica, molte norme cogenti o perentorie corrispondono a norme consuetudinarie o a principi generali di diritto internazionale su certi diritti umani “fondamentali”, che stabiliscono anche obblighi *erga omnes*, quali, ad esempio, i divieti di genocidio e di crimini contro l'umanità, e i divieti di tortura, di pratiche di schiavitù, di discriminazione razziale e di *apartheid*.

Pertanto, la teoria dei diritti umani ha contribuito, tramite i concetti di obblighi *erga*

⁵⁹ ICI, *Barcelona Traction*, Judgment of 5 February 1970, par. 32-34.

⁶⁰ Vedi ILC, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 1 August 2001, artt. 48 e 54. Vedi anche *supra*, par. 7.4.1.

⁶¹ Anche sul concetto di *ius cogens* la bibliografia è sterminata. Ci si limita a rinviare a: Ronzitti (1978); Gaja (1981); Id. (2014); Hannikainen (1988); Kolb (2001); Orakhelashvili (2006); Picone (2008); ed ai lavori della Commissione del diritto internazionale, in particolare ai rapporti presentati dal Relatore Speciale: Tladi (2016); Id. (2017); Id. (2018); Id. (2019); Id. (2022), ed alle ILC Draft conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (*ius cogens*), with commentaries, in YILC 2022 (II-2). Vedi anche *infra*, Cap. II, par. 6 e Cap. V, par. 4.5 e 5.1.

⁶² Cfr. ILC Draft conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (*ius cogens*), Conclusion 2.

omnes e di *ius cogens*, a cambiare la funzione e la natura giuridica tipiche del diritto internazionale nel senso di una loro modernizzazione: accanto alla dimensione privatistica del diritto internazionale, una sua dimensione pubblicistica si è gradualmente sviluppata e affermata. Come vedremo subito, questi due concetti hanno prodotto importanti effetti anche nel campo della responsabilità degli Stati.

7.4. *Modernizzazione del regime della responsabilità internazionale degli Stati*

La teoria dei diritti umani, insieme ad altri fattori, ha prodotto notevoli cambiamenti anche nel settore tradizionale della responsabilità degli Stati, incidendo sugli elementi basilari di tale settore, che erano costituiti dal principio del “bilateralismo” e dal principio del carattere esclusivamente interstatale della responsabilità. Essa ha modernizzato tali aspetti, poiché i cambiamenti strutturali sopra menzionati (specie quello attinente al nuovo ruolo dell’individuo e quello attinente alla nuova natura “pubblicistica” del diritto internazionale) hanno inciso anche sulla fase “patologica” del diritto internazionale, rappresentata dalla responsabilità internazionale⁶³.

Più in particolare, tali cambiamenti hanno: *a*) ampliato la sfera degli Stati legittimati ad invocare la responsabilità dello Stato accusato dell’illecito; *b*) stabilito, accanto al regime ordinario di responsabilità dello Stato, anche un regime di responsabilità “aggravata”; *c*) ammesso la possibilità di una responsabilità internazionale degli Stati verso gli individui. Vediamo separatamente questi tre aspetti.

7.4.1. *Invocazione della responsabilità per violazione di obblighi erga omnes*

Per quanto riguarda il primo aspetto, si è già visto che un fattore importante del processo di cambiamento del diritto internazionale contemporaneo, tramite l’impulso decisivo dato dalla teoria dei diritti umani, concerne il ruolo via via crescente degli interessi collettivi e comunitari degli Stati. Questo sviluppo è rappresentato soprattutto dal fatto che esistono adesso molte norme internazionali che stabiliscono obblighi solidali (o *erga omnes*). Ciò vale molto nel settore dei diritti umani, poiché le ormai numerosissime norme convenzionali sui diritti umani stabiliscono in linea di principio obblighi *erga omnes partes*; e le meno numerose norme di diritto internazionale generale sui diritti umani stabiliscono obblighi *erga omnes*.

Ciò premesso, i cambiamenti più importanti riguardano la responsabilità degli Stati per la violazione degli obblighi *erga omnes*. In linea generale si può dire che la solidarietà dell’obbligo comporta soprattutto un’estensione degli Stati che sono legittimati ad invocare la responsabilità dello Stato autore della violazione. Ma, più in particolare, si deve stabilire in concreto quali Stati siano legittimati ad invocare la responsabilità e quali conseguenze dell’illecito essi possano far valere.

Su questo punto, non fornisce molto aiuto la più risalente giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia (CIG) che, per prima, ha sviluppato il concetto di obblighi *erga omnes*. Nel parere consultivo del 1951 sulle *Riserve alla Convenzione sul genocidio*⁶⁴ e

⁶³ Vedi Pisillo Mazzeschi (2014b), pp. 93-98.

⁶⁴ ICJ, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, p. 23.

nella sentenza *Barcelona Traction* del 1970⁶⁵ la Corte sembra orientata a riconoscere che la violazione da parte di uno Stato di un obbligo *erga omnes* lede un *interesse giuridico* (e non un vero e proprio diritto soggettivo) degli altri Stati⁶⁶. Ma essa non entra nel merito delle forme e dei modi con cui tali Stati possano reagire alla violazione.

Questi ultimi aspetti sono stati invece dibattuti a lungo, come è noto, durante i lavori della Commissione del diritto internazionale (CDI) sulla responsabilità degli Stati; e vi è stato anche un approccio generale piuttosto diverso fra il Progetto adottato in prima lettura nel 1996 ed il Progetto finale di articoli del 2001⁶⁷. Quest'ultimo Progetto opera una distinzione generale fra Stati lesi (art. 42) e Stati non lesi ma pur sempre legittimati ad invocare la responsabilità dello Stato offensore (art. 48). Gli Stati lesi possono far valere tutte le conseguenze dell'illecito internazionale (richiesta di cessazione dell'illecito, garanzie di non ripetizione, riparazione, contromisure).

Invece, gli Stati non lesi, ma legittimati a invocare la responsabilità per violazione di obblighi *erga omnes* (di seguito denominati "Stati non direttamente lesi") possono far valere solo alcune delle conseguenze dell'illecito⁶⁸: la cessazione dell'illecito e garanzie e assicurazioni di non ripetizione, nonché la riparazione dell'illecito, ma solo nell'interesse dello Stato leso (se vi sia uno Stato leso) e dei "beneficiari" dell'obbligo violato (ad es., gli individui vittime delle violazioni dei diritti umani). Inoltre, sembra che tali Stati possano adottare contro lo Stato responsabile altre "misure lecite" previste dal diritto internazionale (art. 54)⁶⁹. A nostro parere, quando la violazione di un obbligo *erga omnes* non comporti anche una grave violazione dello *ius cogens*, il concetto di "misure lecite" dovrebbe essere interpretato in maniera restrittiva; cioè dovrebbe essere limitato a ritorsioni pacifiche. Infatti, è logico che le conseguenze giuridiche di una semplice violazione di un obbligo solidale debbano essere più lievi di quelle (che vedremo)⁷⁰ derivanti da una grave violazione dello *ius cogens*.

Infine, recentemente è sorta una questione riguardante la legittimazione di uno Stato "non direttamente leso" a rivendicare la violazione di un obbligo *erga omnes* dinanzi a una corte o a un tribunale internazionale (il c.d. *standing* o *ius standi*)⁷¹. Naturalmente, la questione è semplice quando esiste un trattato sui diritti umani che prevede procedure di ricor-

⁶⁵ ICJ, *Barcelona Traction*, p. 32, par. 33-34.

⁶⁶ Tuttavia, nei casi più recenti, la Corte sembra riconoscere un vero e proprio "diritto" degli Stati diversi da quello leso ma legittimati ad invocare la responsabilità dello Stato accusato di aver commesso l'illecito. Cfr. ICJ, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*, par. 69; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, Order of 23 January 2020, par. 41; ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, Judgment of 22 July 2022, par. 108.

⁶⁷ ILC, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 1 August 2001.

⁶⁸ *Ibidem*, vedi l'art. 48(2).

⁶⁹ Art. 54 (*Measures taken by States other than an injured State*): "This chapter does not prejudice the right of any other 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 obligation breached".

⁷⁰ Vedi *infra*, par. 7.4.2.

⁷¹ Su questa questione vedi, ad es., IDI, Resolution "Obligations *erga omnes* in international law", Krakow Session-2005, in AIDI, vol. 71-II (2006), p. 287 ss.; Gaja (2014), pp. 110-117; Treves (2019), pp. 273-277; Urs (2021); Papa (2020), pp. 743-751; Longobardo (2021).

so interstatale agli organi previsti dal trattato stesso in merito alle violazioni delle sue disposizioni. In questo caso, ogni Stato parte del trattato è legittimato ad adire tali organi per violazione degli obblighi *erga omnes partes*.

La questione è invece più complicata quando non esiste un trattato di questo tipo ed è in gioco la legittimazione processuale (*standing*) di uno Stato “non direttamente leso” a far valere la violazione di un obbligo *erga omnes*. In questo caso, esiste una coincidenza tra il diritto (o interesse) di quello Stato a invocare la responsabilità dello Stato accusato della violazione e il suo *standing* per far valere tale diritto? O, al contrario, non c'è coincidenza perché lo *standing* richiede, come requisito ulteriore, un “jurisdictional link”⁷² oppure “un interesse giuridico rilevante”⁷³ oppure un “interesse giuridico speciale” dello Stato che intende agire in giudizio?

La questione è stata sollevata dinanzi alla Corte internazionale di giustizia nel caso *Belgio c. Senegal*⁷⁴ (concernente la violazione della Convenzione delle NU contro la tortura del 1984), oggetto di una sentenza del 2012; e nel recente caso *Gambia c. Myanmar* (riguardante la presunta violazione da parte del Myanmar della Convenzione delle NU contro il genocidio del 1948), per ora oggetto di un'ordinanza sulle misure provvisorie del 2020⁷⁵ e di una sentenza sulle eccezioni preliminari del 2022⁷⁶. In queste tre decisioni, la Corte sembra aver adottato la tesi della *coincidenza* tra il diritto degli Stati “non direttamente lesi” a invocare la responsabilità dello Stato accusato della violazione e la loro legittimazione a far accertare tale violazione da un tribunale internazionale (*standing*). In particolare, nell'ordinanza del 2020, la Corte, una volta stabilita la natura *erga omnes partes* degli obblighi contenuti nella Convenzione contro il genocidio, ne ha dedotto che:

“[...] any State party to the Genocide Convention, and not only a specially affected State, may invoke the responsibility of another State party with a view to *ascertaining* the alleged failure to comply with its obligations *erga omnes partes*, and to bring that failure to an end”⁷⁷.

In seguito, nella sentenza del 2022, la Corte ha ribadito tale conclusione ed ha aggiunto che la differenza concettuale, invocata dal Myanmar, fra il diritto degli Stati “non direttamente lesi” di invocare la responsabilità dello Stato presunto autore della violazione e la loro legittimazione ad agire in giudizio “has no basis in law”⁷⁸.

A nostro avviso, questa soluzione della Corte internazionale di giustizia è da approvare.

In conclusione, l'ampliamento della sfera degli Stati, che possono invocare la respon-

⁷² See IDI Resolution, Art. 3.

⁷³ Treves (2019), p. 275.

⁷⁴ ICJ, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*, par. 69-70.

⁷⁵ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, Order of 23 January 2020, par. 39-42. La Corte, sulla questione dello *standing* del Gambia, ha respinto gli argomenti del Myanmar ed ha aderito, in sostanza, a quelli del Gambia; ma con qualche precisazione (cfr. par. 52 dell'ordinanza).

⁷⁶ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* Judgment of 22 July 2022.

⁷⁷ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, Order of 23 January 2020, par. 41 (primo corsivo aggiunto).

⁷⁸ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* Judgment of 22 July 2022, par. 108.

sabilità (e legittimazione ad agire in giudizio) per la violazione di obblighi *erga omnes*, costituisce un cambiamento significativo nel regime della responsabilità degli Stati.

7.4.2. *Responsabilità aggravata per violazione di obblighi derivanti da norme di ius cogens*

Venendo al secondo cambiamento sopra accennato del regime della responsabilità internazionale, esso è stato prodotto dal concetto di *ius cogens*. Si era già visto che un fattore importante del processo di cambiamento strutturale del diritto internazionale è costituito dalla nascita e consolidamento delle norme di *ius cogens*. Nell'ottica della responsabilità degli Stati, la nozione di *ius cogens* ha contribuito a creare, nel quadro del relativo Progetto della Commissione del diritto internazionale, il concetto di "crimini internazionali degli Stati", che è stato in seguito sostituito dalla nozione di "gravi violazioni di obblighi derivanti da norme imperative del diritto internazionale generale" (art. 40 del Progetto finale)⁷⁹.

Queste particolari violazioni producono una responsabilità "aggravata" dello Stato offensore, poiché producono alcune conseguenze particolari (art. 41), che si aggiungono alle normali conseguenze dell'illecito, e che comportano un coinvolgimento di tutti gli Stati diversi da quello responsabile in alcuni obblighi: quello di cooperare per porre fine, con mezzi leciti, alla violazione; quello di non riconoscere come legittima una situazione creata attraverso la violazione; ed infine quello di non prestare aiuto o assistenza nel mantenere la situazione illecita.

In realtà, queste conseguenze particolari, anche se contribuiscono ad aggravare la responsabilità dello Stato che ha violato lo *ius cogens*, non appaiono molto incisive e sono inferiori rispetto alle attese, tenendo conto che esse dovrebbero sanzionare violazioni gravi di valori fondamentali e inderogabili dell'intera comunità internazionale. Tuttavia, si deve considerare che gli artt. 55, 56 e 59 del Progetto lasciano impregiudicate le regole sulla responsabilità stabilite dal diritto internazionale, perché sono norme speciali o perché non sono espressamente previste dal Progetto o perché sono sancite dalla Carta delle NU.

Inoltre, per le gravi violazioni dello *ius cogens*, ci sembra applicabile anche l'art. 54 del Progetto. Esso, come si è visto⁸⁰, afferma il diritto di ogni Stato, diverso da quello leso e legittimato ex art. 48(1) ad invocare la responsabilità dello Stato autore della violazione, di prendere "misure lecite" contro quest'ultimo Stato, per assicurare la cessazione dell'illecito e la riparazione nell'interesse dello Stato leso e dei beneficiari dell'obbligo violato. Il Progetto non specifica il concetto di "misure lecite"; ma, alla luce del Commento dell'art. 54⁸¹ e dei citati artt. 55, 56 e 59, si può ritenere che, per definire tale concetto, si possa ricorrere al diritto internazionale (anche nel suo sviluppo progressivo) ed alla Carta delle NU. Pertanto, in caso di gravi violazioni dello *ius cogens* (ad es., *gross violations* dei diritti umani) riteniamo che le "misure lecite" possano comprendere: a) ritorsioni pacifiche

⁷⁹ ILC, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 1° August 2001, Art. 40 (*Application of this chapter*): "1. This chapter applies to the international responsibility which is entailed by a serious breach by a State of an obligation arising under a peremptory norm of general international law. 2. A breach of such an obligation is serious if it involves a gross or systematic failure by the responsible State to fulfil the obligation".

⁸⁰ Vedi *supra*, par. 7.4.1.

⁸¹ ILC, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, YILC, 2001, vol. II (2), pp. 137-139.

contro lo Stato autore dell'illecito; *b*) contromisure pacifiche; *c*) misure non comportanti l'uso della forza raccomandate o decise dal Consiglio di sicurezza (CdS) *ex art.* 41 della Carta delle NU quando le gravi violazioni dello *ius cogens* determinino una delle condizioni previste dall'art. 39 della Carta; *d*) misure implicanti l'uso della forza decise o autorizzate dal CdS, sempre nei casi previsti dall'art. 39 della Carta.

In conclusione, il regime di responsabilità aggravata per le violazioni dello *ius cogens* pur essendo poco incisivo nel Progetto della CDI, può rafforzarsi in futuro tramite un'interpretazione dinamica ed evolutiva del diritto internazionale. In ogni caso, tale regime ha creato una modernizzazione importante del settore tradizionale della responsabilità degli Stati.

7.4.3. Responsabilità degli Stati verso gli individui e diritto individuale alla riparazione

La teoria dei diritti umani, contribuendo molto a far affermare il concetto che l'individuo può essere *destinatario diretto* di *alcune* norme internazionali, ha prodotto un altro cambiamento nel settore della responsabilità degli Stati, poiché ha messo in crisi il principio classico del carattere solo interstatale del rapporto di responsabilità. Infatti, gli individui possono, *in certe circostanze*, essere destinatari anche di norme internazionali *secondarie*⁸²; e quindi possono invocare la responsabilità di uno Stato. In altre parole, quando l'obbligo internazionale primario violato dallo Stato ha per destinatari formali non solo altri Stati ma *anche individui*, tale Stato assume una responsabilità internazionale non solo verso gli altri Stati ma *anche verso gli individui*, che diventano anch'essi soggetti attivi del rapporto di responsabilità⁸³. Queste conclusioni sono assai importanti per il settore dei diritti umani, dove è possibile concepire oggi una vera e propria responsabilità internazionale dello Stato verso gli individui. In tale materia, gli aspetti più significativi riguardano la legittimazione degli individui ad invocare la responsabilità e il loro diritto alla riparazione.

Il Progetto della CDI sulla responsabilità degli Stati, purtroppo, si occupa solo della responsabilità internazionale dello Stato *verso altri Stati*, e quindi sotto questo profilo è assai conservatore. Tuttavia, la CDI ha implicitamente ammesso che il diritto internazionale contemporaneo può contenere norme sulla responsabilità di uno Stato verso un individuo (v. art. 33(2) Progetto)⁸⁴.

Il diritto di un individuo di *invocare*, a livello internazionale, la responsabilità di uno Stato è dimostrato nitidamente dai numerosi casi in cui un individuo può iniziare un'azione dinanzi ad organi internazionali giurisdizionali o quasi-giurisdizionali di controllo sui diritti umani contro lo Stato autore della violazione.

Quanto al diritto dell'individuo di pretendere la *riparazione*⁸⁵, la sua esistenza nel diritto internazionale è dimostrata da numerose norme convenzionali sui diritti umani, che

⁸² Vedi, ad es., ICJ, *LaGrand e Avena*.

⁸³ Vedi *supra*, par. 7.2. Cfr. anche Pisillo Mazzeschi (2004b).

⁸⁴ ILC, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Art. 33(2): "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".

⁸⁵ Vedi Pisillo Mazzeschi (1999b); Bartolini (2009). Sul diritto alla riparazione per violazione dei diritti umani fondamentali vedi anche *infra*, Cap. V, par. 19.