diritto internazionale
giurisprudenza catania

ROSARIO SAPIENZA

Universalismo Cattolico e Internazionalismo Liberale

La filiazione nel diritto internazionale ed europeo

2009 – 4.3

Fogli di lavoro
per il Diritto Internazionale

Direzione scientifica: *Rosario Sapienza*
Coordinamento redazionale: *Elisabetta Mottese*
Redazione: *Adriana Di Stefano, Federica Antonietta Gentile*, *Giuseppe Matarazzo*

Volume chiuso nel mese di giugno 2010

FOGLI DI LAVORO *per il Diritto Internazionale* è *on line*
http://www.lex.unict.it/it/crio/fogli-di-lavoro

ISSN 1973-3585
Cattedra di Diritto Internazionale
Via Gallo, 24 - 95124 Catania
E-mail: risorseinternazionali@lex.unict.it
Redazione: foglidilavoro@lex.unict.it
Tel: 095.230857 - Fax 095 230489

Pubblichiamo qui di seguito il testo della relazione tenuta dal nostro direttore al XIII Colloquio giuridico internazionale della Pontificia Università Lateranense tenutosi a Roma nei giorni 23-24 aprile 2008 e dedicato al tema "La filiazione nella cultura giuridica europea".

Lo scritto è naturalmente destinato anche alla pubblicazione negli atti del Colloquio.

La redazione

1. Una premessa. Il diritto internazionale e la protezione dei diritti umani

E' difficile parlare della filiazione nel diritto internazionale. Esistono in verità tanti trattati che impongono vari obblighi agli Stati anche in materia di filiazione. Ma è difficile affermare che questi trattati contengano una visione complessiva, una vera e propria concezione internazionale, universale in tema di filiazione o di famiglia.

Molti di questi trattati sono trattati a protezione dei diritti umani. A volte si ritiene che essi rappresentino una sorta di nuova dimensione "costituzionale" del diritto internazionale e in esse si va a ricercare appunto ciò che il diritto internazionale ha da dire su tematiche attinenti ai rapporti interindividuali come ad esempio la filiazione.

Ma è estremamente difficile estrarre da questo insieme di trattati principi "costituzionali" universali in materia di rapporti di famiglia. Si pensi alle riserve che gli Stati ad ordinamento sciaraitico hanno apposto alle convenzioni in materia di diritti della donna o alla convenzione sui diritti del fanciullo stipulate in seno all'Organizzazione delle Nazioni Unite.

La presenza nel mondo di differenti visioni culturali sull'uomo e sul suo rapporto con la società e le istituzioni politiche rappresenta ancor oggi un problema per il sistema internazionale. Nonostante l'esistenza di numerosi trattati internazionali sui diritti dell'uomo, fatica ad emergere una visione uniforme sui diritti umani. E, in una certa misura, è anche giusto (oltre che inevitabile) che sia così, poiché nessun popolo può rinunciare alla sua identità e originalità che gli viene dalle sue tradizioni e dalla sua cultura[1].

---

[1] Vedi F. VIOLA, *Diritti umani e scienza giuridica*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2007, p. 49 ss. Di questo autore vedi anche i saggi raccolti nel volume *Etica e Metaetica dei diritti umani*, Torino, 2000

Il testo della Dichiarazione Universale che venne approvato nel 1948 e dal quale discendono poi tutti i trattai in materia di diritti umani, parla di diritti uguali per tutti e in questo senso può venire descritto come una rielaborazione del portato giusnaturalistico in tema di diritti umani: ma come non notare che la stessa idea giusnaturalistica di diritti uguali per tutti è un'idea di marca occidentale?[2]

In fondo, lo stesso ideale internazionalista del pacifismo tardo ottocentesco, incarnatosi, anche se tardivamente, nelle organizzazioni internazionali universali, non riesce ad imporsi e non solo perché all'interno di quelle organizzazioni i Paesi non occidentali hanno una posizione di sicuro predominio, quantomeno numerico. Ciò accade perché l'estensione di quei valori si scontra con formidabili difficoltà legate alla diversità di fondo dei sostrati culturali che caratterizzano gli Stati nel mondo[3].

È evidente, invece, che l'ideale pacifista e umanitario del tardo ottocento pretende di costruire una pace diversa, una pace che riposi su una comune civiltà, sull'accettazione di valori comuni e di un comune sentire dei popoli della terra. Esso finisce quindi con il giudicare intollerabile il fatto che dietro la sovranità statale si celino valori e modi di incarnarli assai differenti e quindi con il non poter "accontentarsi"

---

[2] Mi pare questo oggi il limite invalicabile dell'orizzonte giusnaturalistico, sul quale vedi il forum pubblicato su *Aggiornamenti Sociali* con interventi di G. ZAGREBELSKY e C. CASALONE , *ivi*, 2008, p. 91 ss.

[3]La difficoltà la si apprezza anche al livello della stessa struttura complessiva del diritto internazionale e rappresenta, come diremo più avanti nel testo, uno snodo problematico di formidabile importanza nel cammino evolutivo dell'ordinamento internazionale. In verità, pur all'interno di una comunità internazionale sostanzialmente omogenea, il diritto internazionale all'epoca dello *ius publicum europaeum* era un tipico esempio di ordine convenzionale, basato, cioè, su una struttura formale e procedurale proprio perché doveva legare tra di loro, disciplinandone i rapporti, degli Stati che avevano differenti posizioni in fatto di religione (c'erano quelli cattolici e quelli protestanti, infatti). Il diritto internazionale nasceva, quindi, scontando quella diversità, come "ordine convenzionale", basato cioè su uno scetticismo gnoseologico che lo portava a fissare procedure al fine di assicurare l'affermarsi di un unico valore, la pace, intesa semplicemente come assenza di guerra. Vedi R. SAPIENZA, *La fine dello ius publicum europaeum e l'attuale crisi dell'ordine internazionale. Verso nuove guerre giuste?*, in AA.VV., *Studi per Giovanni Nicosia*, Milano, 2007, vol. VII, p. 307 ss.

di un ordine semplicemente convenzionale. In realtà, quel pacifismo nasceva da una visione del mondo come retto da valori e regole universali perché fondati su un comune sostrato culturale universale, su una sorta di diritto naturale universale, kantianamente affermato in termini per la verità piuttosto apodittici e ingenui[4].

Esiste invece uno scarto culturale tra l'Occidente e altre aree culturali, scarto (nel senso debole di differenza) che fa sì che il compito di costruire valori comuni che possano determinare una comune civiltà planetaria sia assai arduo e, tutto sommato, ancora agli inizi. Non basta adottare strumenti internazionali in materia di diritti umani per far sì che i valori occidentali che di quegli strumenti sono il terreno di coltura si diffondano *ipso facto* a livello planetario. Ed è singolare, in verità, che un Occidente che ha prodotto gli studi di antropologia culturale non riesca a comprendere questo limite del suo ideale pangiuridico universale. Certo è che fino a quando non lo si comprenderà e non si opererà concretamente per un reale dialogo interculturale prima che internazionale, non si potrà dire di aver posto nemmeno la prima pietra all'edificazione di una comune civiltà giuridica a livello mondiale[5].

A queste difficoltà che si registrano al livello universale potrebbe ovviarsi incentivando, più di quanto non si sia fatto fino a questo momento, la dimensione regionale dei diritti umani, ossia l'operare di meccanismi internazionali di protezione dei diritti dell'uomo all'interno delle varie "regioni" del mondo, intendendo come "regioni" sia i vari continenti, sia le varie aree culturali.

---

[4] Come appare dall'intera storia dell'organizzazione internazionale, sulla quale vedi R. SAPIENZA, *Un mondo da governare. L'organizzazione internazionale dal Seicento alle Nazioni Unite*, Torino, 1995

[5] E' questo il limite dei discorsi sulla globalizzazione giuridica, mi pare. Vedi, per diverse ulteriori prospettive, il denso saggio di P. BARCELLONA, *Le passioni negate. Globalismo e diritti umani,* Troina, 2001 e I. TRUJILLO, *I diritti umani come pratica di giustizia globale*, in *Diritti Umani e Diritto internazionale,* 2007, p. 545 ss. e di quest'ultima autrice, più ampiamente, *Giustizia globale. Le nuove frontiere dell'eguaglianza*, Bologna, 2007

Esistono già, ad esempio una Convenzione europea per la protezione dei diritti dell'uomo e la salvaguardia delle libertà fondamentali, una Convenzione interamericana dei diritti dell'uomo, una Convenzione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli.

È una via su cui insistere e percorribile anche altrove, perché non solo promuove meccanismi di ulteriore e sempre più efficiente tutela dei diritti dell'uomo, ma anche rappresenta un'occasione per ripensare le differenti tradizioni culturali alla luce dell'idea che ogni uomo, dovunque nel mondo, ha diritto alla protezione della sua irripetibile individualità. Ma non bisogna pensare che ciò basti a trasformare il diritto internazionale nella sua essenza.

Il sistema più interessante rimane quello europeo e la sua evoluzione per certi versi paradigmatica. La Convenzione europea per la protezione dei diritti dell'uomo e la protezione delle libertà fondamentali è stata firmata il 4 novembre 1950 a Roma ed è entrata in vigore il 3 settembre 1953. Essa è stata successivamente modificata e aggiornata con l'approvazione di ben quattordici protocolli addizionali e viene universalmente riconosciuta come un ragguardevole risultato nel campo della protezione internazionale dei diritti umani. E, per vero, essa, nata in seno al Consiglio d'Europa sulla stessa spinta ideale che aveva portato alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, ha certamente permesso di cogliere significativi risultati, soprattutto se paragonata al livello di "produttività" degli altri strumenti internazionali in materia, certamente molto minore.

Eppure la Convenzione è ancora alla ricerca di un efficace contemperamento tra la sua applicazione nazionale e il momento del controllo internazionale come prova la faticosa revisione attraverso l'ultimo in ordine di tempo dei Protocolli, il n. 14. La Corte europea non regge più il carico di lavoro che il sistema le procura. Infatti la Convenzione è passata negli ultimi anni ad un numero doppio di Stati parti rispetto agli originali stipulanti, molti dei quali sono Stati che sono da poco usciti da

sistemi economici marxisti e dunque dirigisti e stanno affrontando un difficile periodo di riforme. Essa vive dunque un non facile periodo di assestamento[6].

Come abbiamo visto, dunque, neanche la via della regionalizzazione appare esente da difficoltà e problemi. Ma mi pare possibile che risultati importanti possano comunque conseguirsi. I sistemi regionali di protezione dei diritti umani si influenzano reciprocamente e permeano di sé il diritto interno degli Stati parti. Attorno a questi sistemi e alla Dichiarazione e a tutti gli altri trattati stipulati in seno alle Nazioni Unite cresce l'interesse e l'attenzione e dunque la coscienza della necessità di prestare attenzione almeno ad alcune emergenze sulle quali è difficile dissentire.

Né di più può però ricavarsi, mi pare, e sbaglia chi pensa che la Convenzione europea sia una costituzione europea o un pezzo di costituzione europea o che la Corte di Strasburgo sia una Corte costituzionale europea. La Convenzione è un trattato internazionale e la Corte un tribunale internazionale che lo interpreta. Niente di meno ma niente di più[7].

---

[6] Vedi R. SAPIENZA, *I cinquanta anni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Aggiornamenti Sociali*, 2000, p. 515 ss.; G. BULTRINI, *Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche,* vol. aggiornamento, 2000, p. 148 ss.; S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, nonché, a proposito del detto Quattordicesimo Protocollo Addizionale, U. VILLANI, *Il Protocollo n. 14 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *La Comunità Internazionale*, 2004, p. 487 ss. Ma esistono anche, come dicevamo nel testo, una Convenzione interamericana del 1969 e una Convenzione africana del 1981 sulle quali vedi rispettivamente J.M. PASQUALUCCI, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, 2003 e A. SACCUCCI, *Il Protocollo istitutivo della Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli: un primo confronto con le altre Corti regionali*, in *Rivista di diritto internazionale,* 2004, p. 1036 ss.

[7] Sul rapporto che si istituisce all'interno della Convenzione tra la dimensione normativa e quella dei valori sociali vedi A. DI STEFANO *Considerazioni sulla protezione della diversità culturale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. BARCELLONA e R. CAVALLO (a cura di), *L'Europa allo specchio*, Acireale-Roma, 2008, 2, p. 127 ss.

2. Il principio del divieto di discriminazione tra i figli nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

E' vero comunque che la Corte ha ricavato interessanti principi dall'articolo 8 della Convenzione. L'articolo 8 sia pure rubricato come diritto al rispetto della vita privata e familiare, come si sa, non contiene alcun espresso riferimento alla nozione di famiglia che esso protegge:

> 1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.
> 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

La disposizione garantisce insomma il diritto al rispetto della vita privata e familiare, come pure del domicilio, vietando indebite e arbitrarie ingerenze delle autorità pubbliche nell'esercizio di tali diritti[8].

La Convenzione non parla né di famiglia né di figli. Tanto è vero che la celeberrima sentenza *Marckx* del 1979 parla del divieto di discriminazione in relazione a quell'elemento della vita privata costituito dalla vita familiare e dice nella sostanza

---

[8] V. G. COHEN-JONATHAN, *Respect for Private and Family Life*, in R. ST. J. MACDONALD, F. MATSCHER, H. PETZOLD (eds.), *The European System* cit., p. 207 ss.; J. A. FROWEIN, W. PEUKERT, *Artikel 8, Privat- und Familienleben, Europäische MenschenRechtsKonvetion EMRK-Kommentar*, Kehl, Straßourg, Arlington, 1996, p. 337 ss.; C. RUSSO, *Article 8 § 1* and V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, *Article 8 § 2*, L.-E. PETITTI, E. DECAUX E P.-H. IMBERT (éd.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1999, p. 305 e ss., p. 323 e ss.; V. Z. ZENCOVICH, *Art. 8, Diritto al rispetto della vita privata e familiare*, S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001, p. 307 e ss.; C. OVEY, R. C. A. WHITE, *Jacobs and White, The European Convention on Human Rights*, 3rd ed., Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 217 e ss.

che anche la relazione tra una donna e la sua figlia naturale è meritevole di tutela come quella che si costituisce all'interno di una famiglia fondata sul matrimonio[9].

I paragrafi 30 e 31 sono particolarmente illuminanti. In essi la Corte chiarisce che ciò che essa si propone di offrire è solo una interpretazione della Convenzione e la ricostruisce attraverso una operazione meramente letterale, valorizzando il fatto che il testo parla di "everyone" e l'articolo 14 vieta le discriminazioni fondate sulla nascita.

> 30. The Court is led in the present case to clarify the meaning and purport of the words "respect for ... private and family life", which it has scarcely had the occasion to do until now (judgment of 23 July 1968 in the "Belgian Linguistic" case, Series A no. 6, pp. 32-33, para. 7; Klass and others judgment of 6 September 1978, Series A no. 28, p. 21, para. 41).
>
> 31. The first question for decision is whether the natural tie between Paula and Alexandra Marckx gave rise to a family life protected by Article 8 (art. 8).
>
> By guaranteeing the right to respect for family life, Article 8 (art. 8) presupposes the existence of a family. The Court concurs entirely with the Commission's established case-law on a crucial point, namely that Article 8 (art. 8) makes no distinction between the "legitimate" and the "illegitimate" family. Such a distinction would not be consonant with the word "everyone", and this is confirmed by Article 14 (art. 14) with its prohibition, in the enjoyment of the rights and freedoms enshrined in the Convention, of discrimination grounded on "birth". In addition, the Court notes that the Committee of Ministers of the Council of Europe regards the single woman and her child as one form of family no less than others (Resolution (70) 15 of 15 May 1970 on the social protection of unmarried mothers and their children, para. I-10, para. II-5, etc.).
>
> Article 8 (art. 8) thus applies to the "family life" of the "illegitimate" family as it does to that of the "legitimate" family. Besides, it is not disputed that Paula Marckx assumed responsibility for her daughter Alexandra from the

[9] Una interessante esposizione critica della copiosa giurisprudenza della Corte in materia è offerta da E. LAMARQUE, *I diritti dei figli*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee,* Bologna, 2007, p. 283 ss.

moment of her birth and has continuously cared for her, with the result that a real family life existed and still exists between them.

It remains to be ascertained what the "respect" for this family life required of the Belgian legislature in each of the areas covered by the application.

By proclaiming in paragraph 1 the right to respect for family life, Article 8 (art. 8-1) signifies firstly that the State cannot interfere with the exercise of that right otherwise than in accordance with the strict conditions set out in paragraph 2 (art. 8-2). As the Court stated in the "Belgian Linguistic" case, the object of the Article is "essentially" that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities (judgment of 23 July 1968, Series A no. 6, p. 33, para. 7). Nevertheless it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective "respect" for family life.

This means, amongst other things, that when the State determines in its domestic legal system the regime applicable to certain family ties such as those between an unmarried mother and her child, it must act in a manner calculated to allow those concerned to lead a normal family life. As envisaged by Article 8 (art. 8), respect for family life implies in particular, in the Court's view, the existence in domestic law of legal safeguards that render possible as from the moment of birth the child's integration in his family. In this connection, the State has a choice of various means, but a law that fails to satisfy this requirement violates paragraph 1 of Article 8 (art. 8-1) without there being any call to examine it under paragraph 2 (art. 8-2).

Article 8 (art. 8) being therefore relevant to the present case, the Court has to review in detail each of the applicants' complaints in the light of this provision.

3. segue: il principio del preminente interesse del minore

Di qui si origina un corposo filone giurisprudenziale che mantiene comunque sempre la stessa orditura, quella del divieto di discriminazione. Bisogna attendere il 1996 per leggere nella sentenza sul caso *Johansen* l'evocazione del *best interest of the child* come criterio guida per l'orientamento del giudice europeo. E qui, in verità, il principio viene assunto dalla Corte, lo si deve ammettere, come un principio costituzionale, in quanto ricavabile dalla prassi costituzionale degli Stati

77. In the instant case, they maintained, the reasons mentioned above for the taking into care and for maintaining the care decision concerned in force all suggested that it was necessary to place the child permanently in a foster home. There was strong scientific evidence indicating that the placement was more likely to be successful if the child was adopted by the foster parents.

Reuniting the applicant with her daughter would have required extensive preparation presupposing good cooperation between all the parties involved. However, the applicant had shown an extremely hostile attitude towards the child welfare authorities in Bergen and had actively obstructed their implementation of the care decision in respect of her son by attempting to take him with her to Oslo. The competent authorities had therefore considered that there was a danger that she might disturb the daughter's development in the foster home and try to abduct her if given access. In these circumstances, having regard to their margin of appreciation, the relevant authorities were entitled to think that it was necessary for the protection of the child's best interests to deprive the applicant of her parental rights and access.

E più oltre viene enunciato il principio del *best interest of the child* come il principio guida seguito dalla Corte,

In this regard, a fair balance has to be struck between the interests of the child in remaining in public care and those of the parent in being reunited with the child (see, for instance, the above-mentioned Olsson (no. 2) judgment, pp. 35-36, para. 90; and the above-mentioned Hokkanen judgment, p. 20, para. 55). In carrying out this balancing exercise, the Court will attach particular importance to the best interests of the child, which, depending on their nature and seriousness, may override those of the parent. In particular, as suggested by the Government, the parent cannot be entitled under Article 8 of the Convention (art. 8) to have such measures taken as would harm the child's health and development.

In the present case the applicant had been deprived of her parental rights and access in the context of a permanent placement of her daughter in a foster home with a view to adoption by the foster parents (see paragraphs 17 and 22 above). These measures were particularly far-reaching in that they totally deprived the applicant of her family life with the child and were inconsistent with the aim of reuniting them. Such measures should only

be applied in exceptional circumstances and could only be justified if they were motivated by an overriding requirement pertaining to the child's best interests (see, mutatis mutandis, the Margareta and Roger Andersson judgment cited above, p. 31, para. 95).

Ma sarebbe esagerato affermare che la Corte abbia affermato una concezione europea del diritto in materia di filiazione. La Corte infatti applica le norme della Convenzione sempre facendo riferimento alla dottrina del margine d'apprezzamento degli Stati, ben ricostruita proprio nella sentenza *Johansen* con le parole che seguono:

> 64. In determining whether the impugned measures were "necessary in a democratic society", the Court will consider whether, in the light of the case as a whole, the reasons adduced to justify them were relevant and sufficient for the purposes of paragraph 2 of Article 8 (art. 8-2) (see, inter alia, the Olsson v. Sweden (no. 1) judgment of 24 March 1988, Series A no. 130, p. 32, para. 68).
>
> In so doing, the Court will have regard to the fact that perceptions as to the appropriateness of intervention by public authorities in the care of children vary from one Contracting State to another, depending on such factors as traditions relating to the role of the family and to State intervention in family affairs and the availability of resources for public measures in this particular area. However, consideration of what is in the best interest of the child is in any event of crucial importance. Moreover, it must be borne in mind that the national authorities have the benefit of direct contact with all the persons concerned (see the Olsson v. Sweden (no. 2) judgment of 27 November 1992, Series A no. 250, pp. 35-36, para. 90), often at the very stage when care measures are being envisaged or immediately after their implementation. It follows from these considerations that the Court's task is not to substitute itself for the domestic authorities in the exercise of their responsibilities for the regulation of the public care of children and the rights of parents whose children have been taken into care, but rather to review under the Convention the decisions that those authorities have taken in the exercise of their power of appreciation (see, for instance, the Hokkanen v. Finland judgment of 23 September 1994, Series A no. 299-A, p. 20, para. 55).
>
> The margin of appreciation so to be accorded to the competent national authorities will vary in the light of the nature of the issues and the

> seriousness of the interests at stake (see the Sunday Times v. the United Kingdom (no. 1) judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, pp. 35-37, para. 59). Thus, the Court recognises that State authorities enjoy a wide margin of appreciation in assessing the necessity of taking a child into care. However, a stricter scrutiny is called for both of any further limitations, such as restrictions placed by those authorities on parental rights and access, and of any legal safeguards designed to secure an effective protection of the right of parents and children to respect for their family life. Such further limitations entail the danger that the family relations between the parents and a young child are effectively curtailed.
>
> It is against this background that the Court will examine whether the measures constituting the interferences with the applicant's exercise of her right to family life were "necessary".

Ne scaturisce quindi una complessiva ricostruzione legata al diritto interno statale ed alla sua gestione da parte dello Stato che viene per dir così …. protetto dal margine d'apprezzamento che la Corte riconosce agli Stati Parti.

4. Il margine d'apprezzamento statale e la profondità normativa della Convenzione europea

In questi casi appunto viene riconosciuto agli Stati parti il beneficio di un "margine d'apprezzamento" nell'applicazione del disposto convenzionale e dunque, in ultima analisi, la possibilità di far ricorso a una interpretazione unilaterale del trattato, cui gli organi di controllo europei non possono che demandare di fatto la concretizzazione dei precetti scaturenti dalle disposizioni della Convenzione, pur non rinunciando del tutto al controllo del rispetto di certi parametri enunciati essi pure dalla Convenzione stessa.

Nella sostanza, cioè, di fronte a una disposizione convenzionale che contenga un riferimento a valori sociali (quelle che si denominano talvolta "espressioni giuridiche indeterminate") viene riconosciuto, almeno in linea di principio, un "margine d'apprezzamento" allo Stato parte, e ciò nel convincimento che la presenza di simili

espressioni indeterminate implichi un rinvio a valori sociali che non potranno che essere quelli del sistema "ordinamento statale-società statale".

Il controllo internazionale, e quindi, in ultima analisi, la riconduzione dell'interpretazione unilaterale statale all'interpretazione internazionale, avverrà tenendo conto dell'esigenza del rispetto di questo "margine d'apprezzamento statale", e assai spesso operando una valutazione, per dir così, comparatistica della soluzione che a quel determinato problema o conflitto di interessi viene data all'interno dei vari ordinamenti statali delle parti della convenzione. Se da tale esame emergerà una sostanziale uniformità di vedute, la Corte ne concluderà che esiste una interpretazione se non uniforme, quantomeno internazionalmente (beninteso limitatamente alla comunità degli Stati parti) accreditata del disposto convenzionale e riterranno che il "margine d'apprezzamento statale" sia del tutto assente o, comunque, ridotto a dimensioni esigue. Se, invece, da questo esame emergesse una sensibile divergenza di posizioni (cosa assai frequente in verità, in materia di diritto di famiglia) allora dovrà riconoscersi l'esistenza di un ampio "margine d'apprezzamento statale", la cui maggiore o minore estensione dipenderà dalla maggiore o minore consonanza di vedute negli ordinamenti statali esaminati.

In definitiva, quindi, potrà anche accadere che una interpretazione *stricto sensu* internazionale e quindi univoca di certe disposizioni della convenzione possa non raggiungersi, ma, tenuto conto della struttura delle disposizioni delle quali si tratta, deve concludersi che l'ordinamento possa anche convivere con la compresenza di difformi interpretazioni.

Del resto, conviene ricordarlo, si riconosce generalmente che l'obiettivo delle convenzioni internazionali relative alla protezione dei diritti umani non è tanto quello di raggiungere una assoluta uniformità di trattamento delle persone all'interno dei singoli ordinamenti statali, ma, più realisticamente, livelli comparabili di protezione dei diritti dei singoli, cosa che bene può ritenersi compatibile con differenti modalità di attuazione della normativa internazionale.

Tematica questa che viene talvolta dalla Corte stessa ricondotta al carattere sussidiario del suo sistema di controllo, ma che ci pare risiedere però non solo e non tanto in questa caratteristica dei meccanismi di controllo, ma in una peculiarità delle norme internazionali in materia di diritti umani, le quali non avendo "riferimento sociale" (almeno per ora) in una società umana internazionale, ma in più società statali distinte e autonome, finiscono coll'operare con una profondità normativa diversa dalle norme interne, benché con quelle talvolta coincidano quanto al tenore anche letterale[10].

5. Considerazioni conclusive

Non bisogna dunque aspettarsi troppo dal diritto internazionale e soprattutto dal diritto internazionale di oggi. Esso rimane, come sempre, uno strumento della diplomazia (e non un embrione della costituzione di uno Stato mondiale), anche se rappresenta un'affascinante avventura intellettuale lo studio di come esso utilizzi oggi pezzi del discorso giuridico che avviene all'interno dello Stato per costruire il suo delicato equilibrio di sistema e perseguire il suo fine di sempre: la convivenza pacifica tra gli Stati. E questa convivenza pacifica cerca di costruire, piuttosto che una comunanza di valori tra gli Stati, anzi spesso quella a scapito di questa[11].

Ma si tratta di un punto sul quale è necessaria qualche ulteriore elaborazione concettuale. Innanzitutto, conviene chiarire che quanto siamo venuti dicendo fin qui trova i suoi presupposti filosofici nell'affermazione secondo la quale il moderno non

---

[10] Ho sviluppato in varie direzioni questa idea nei miei lavori *Il principio del non intervento negli affari interni. Contributo allo studio della tutela giuridica internazionale della potestà di governo*, Milano, 1990; *Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1991, p. 571 ss.; *Dichiarazioni interpretative unilaterali e trattati internazionali,* Milano 1996; *Frammentazione di quale unità? Premesse a uno studio della nozione di ordinamento giuridico internazionale*, in *Fogli di Lavoro per il diritto internazionale,* 2007, p. 2 ss.

[11] Si vedano i commenti critici contenuti nel discorso pronunciato dal Santo Padre Benedetto XVI il 18 aprile 2008 davanti all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite. Lo si legge, tra l'altro, in *Aggiornamenti Sociali*, 2008, p. 462 ss.

è più l'epoca della *Veritas*, ma della coesistenza tra diverse *Auctoritates,* ognuna delle quali legittima la propria personale, autonoma *Veritas* e attraverso la posizione di essa si autolegittima. Tale analisi del fenomeno politico-istituzionale trova il suo *pendant* nel paradigma convenzionalista delle scienze della natura, le quali non si pongono più il problema della Verità in sé e per sé conoscibile, ma accettano di impegnarsi in una ricerca i cui stessi presupposti sono per definizione delimitati in un campo di ipotesi convenzionalmente assunto come legittimo[12].

Come abbiamo altrove sottolineato l'indagine prende le mosse dallo sfaldamento della costituzione monolitica o comunque rigidamente gerarchica del mondo medioevale e della sua razionalizzazione giuridica. E' lo stesso periodo, coincidenza significativa, della crisi umanistica del quattro-cinquecento, in cui entra appunto in crisi la ragione classica, la costruzione aristotelico-tomista che forniva il paradigma della conoscenza universale e quindi della giustizia universale. Entrano in crisi le verità, anzi l'idea stessa della Verità per lasciare il posto allo scetticismo e alla cultura libertina in nome dell'assoluta libertà dell'individuo da qualsiasi costrizione. E' la fine della legge forte basata su una certa idea dell'ordine naturale, del comando divino.

Orbene, la situazione del diritto internazionale è il punto più elevato, mi pare, cui sia arrivata la fuga dall'essere e dal valore metafisico nel pensiero moderno. L'individuo soggetto *pleno jure*, ossia il Sovrano prima e lo Stato poi, è il padrone del diritto e quindi pone un "diritto senza Stato" che in primo luogo si basa su una ipotesi meramente convenzionale, ossia la necessità della convivenza perché bisogna convivere, la promozione della pace perché la guerra sarebbe troppo rovinosa e quindi impensabile dal punto di vista della conservazione del sistema. Inoltre questo individuo sovrano che è lo Stato, se è sovrano e proprio perché lo è, deve rifiutare la costruzione di un'area istituzionale di autentica neutralizzazione delle contrapposte

[12] Vedi per tutti E. CASTRUCCI, *Ordine convenzionale e pensiero decisionista*, Milano 1981.

pretese quale potrebbe essere uno "Stato di Stati" a livello mondiale e quindi si condanna a rimanere in una situazione di perenne scontro tra le contrapposte pretese.

Abbiamo quindi una situazione di pace (o meglio di non guerra) basata su norme che sono mere regole del gioco (il principio del non intervento negli affari interni ci dice solo che bisogna rispettare l'altrui sovranità, ma non dice né in che cosa essa consista, né fino a che punto bisogni rispettarla) di un ordine convenzionale. E poi abbiamo anche una situazione di scontro delle pretese contrapposte che era nel diritto classico quella dello "stato di guerra" e nel diritto attuale quella dell'autotutela.

Dico dunque che il diritto internazionale mi appare come il prototipo dell'ordine convenzionale perché vedo che esso si basa su un equilibrio basato a sua volta su un accordo (una sorta di contratto sociale) tra individualità così forti (gli Stati) da non poter procedimentalizzare il conflitto fino a far emergere una legittimità forte e legale, un governo mondiale che, pur reggendosi su un consenso convenzionale, eserciti una qualche forma di potere legittimo. Ciò rende ragione, mi pare, del perché i tentativi pur generosi di far "progredire" l'ordine internazionale verso forme più spinte di socialità si siano a tutt'oggi miseramente infranti sulle rocce di un "contrattualismo" monolitico e immutabile (penso alla costruzione di un ordine mondiale basato su una organizzazione internazionale come l'Organizzazione delle Nazioni Unite, o alla teoria dello *ius cogens* come limite all'autonomia contrattuale degli Stati, o a certe teorizzazioni della responsabilità degli Stati, o ancora alla normativa internazionale in materia di diritti umani, ma gli esempi potrebbero moltiplicarsi).

Questa mi pare essere ancor oggi la situazione del diritto internazionale. E fino a quando essa perdurerà, non illudiamoci, esso resterà un diritto "senza patria né religione".

.