

ISABEL TRUJILLO

Soft law e diritti umani

ENGLISH TITLE

Soft Law and Human Rights

ABSTRACT

The protection of human rights and the diffusion of non-state law or soft law are two features of the contemporary legal practice. In addition, as a matter of fact soft law is widely developing precisely in the context of human rights. This expansion can be the starting point for new insights on the nature of law. Nevertheless, the article will not concern the question of the legal status of soft law in the abstract. On the contrary, it will assume its legal character, and it will try to extract relevant elements for the comprehension of the nature of law starting from this particular trend of legal differentiation. After introducing a classification of the phenomenon and proposing some examples of the presence of soft law in the legal practice of protecting human rights, the article will aim at examining possible reasons for the link between the protection of human rights and soft law. These reasons are related to the teleological and cooperative nature of law.

KEYWORDS

Soft Law – Non-State Law – Human Rights – Cooperation – Coercion.

1. INTRODUZIONE

L'obiettivo di questo articolo è quello di esaminare le relazioni tra due caratteri specifici del diritto contemporaneo, l'esigenza di tutela dei diritti umani e il fenomeno che va sotto il nome di *non-state law* o di *soft law*. Il lavoro mira a comprendere meglio la natura del diritto a partire da una sua specifica evoluzione, appunto quella indicata dai due fenomeni appena richiamati. Tuttavia questa riflessione non si farà comparando le teorie giuridiche esistenti e il modo in cui esse affrontano il problema della differenziazione giuridica, ma piuttosto guardando alla attuale configurazione del diritto¹.

1. Com'è noto, vi è una riflessione estesa sulla metodologia della filosofia del diritto, ed in particolare sul peso che i dati della sua trasformazione ed evoluzione hanno sulla comprensione del concetto. Qui si rinvia, come taglio epistemologico, a N. Lacey, 2013.

I diritti umani hanno provocato (o per lo meno incoato) una trasformazione del diritto che va nella direzione della sua umanizzazione, intendendo indicare con questo termine la centralità giuridica della protezione dei diritti degli esseri umani. Tale protezione è diventata una sorta di condizione contenutistica dell'interazione umana negli spazi di interdipendenza regolati dal diritto. Vi sono molti sintomi di questo processo in tutte le dimensioni della pratica giuridica, dal livello domestico a quello internazionale, e in tutti i settori del diritto, dal diritto penale, al privato, al commerciale e così via. La storia dell'emergenza e della maturazione della pratica giuridica dei diritti umani s'intreccia con l'affermazione dei diritti fondamentali nei sistemi costituzionali dalla stagione rivoluzionaria in poi². La vera maturazione della pratica internazionale di tutela dei diritti è però molto recente. Sono ancora in discussione le dinamiche che hanno fatto emergere i diritti e hanno consolidato la pratica della loro protezione nel diritto contemporaneo, parecchio tempo dopo la loro proclamazione a livello internazionale dopo la Seconda guerra mondiale. Si è dovuto aspettare la fine della decolonizzazione e addirittura la fine degli anni Novanta per vederli affermarsi con forza³. Questo non è però il tema odierno, ma piuttosto il contesto dell'indagine. Basti pensare al ruolo che la protezione dei diritti delle persone svolge nei sistemi costituzionali – e, per irradiazione, in tutti i rami del diritto domestico, come si è segnalato – e nel diritto internazionale – nel sistema specifico di tutela internazionale di protezione dei diritti, ma anche nel diritto umanitario, nel diritto penale internazionale, perfino nel diritto commerciale⁴. Se si accetta la tesi della continuità tra i diritti fondamentali e i diritti umani⁵, si può affermare che la protezione degli esseri umani è divenuta uno degli scopi fondamentali del diritto contemporaneo a tutti i livelli, benché tale finalità non sia esclusiva, poiché il diritto è volto a tutelare i diritti in situazioni di interdipendenza nelle quali è necessaria la coordinazione⁶.

A differenza della protezione dei diritti degli esseri umani, il diffondersi del *non-state law* o del *soft law* riguarda non la finalità ma piuttosto i mezzi e le modalità di operare del diritto. Da questo punto di vista si usa l'immagine dell'ammorbidimento, della malleabilità, della soavità, che ora caratterizza-

2. Per pratica giuridica dei diritti si intende indicare due elementi: il primo è la distinzione rispetto alla dimensione teorica dei diritti (non si discute cioè di una teoria dei diritti); il secondo è il riferimento al diritto come pratica sociale, e anche ai diritti come parte di tale pratica. Sulla protezione dei diritti umani come pratica sociale, cfr. I. Trujillo, F. Viola, 2014.

3. Un'indagine ricostruttiva convincente di questi processi si trova in S. Moyn, 2010.

4. F. Marrella, 2017.

5. La loro distinzione può essere stabilita in termini di tipologia di garanzie e tutele: i diritti fondamentali sono garantiti con mezzi costituzionali (riserva di legge, di giurisdizione e altri); i diritti umani sono tutelati a livello internazionale, con gli strumenti che tale diritto appronta.

6. In altra sede ho esaminato i rapporti tra la tutela dei diritti e il *rule of law*. I. Trujillo, 2015.

rebbero il diritto e i suoi strumenti. Questa tendenza può essere in parte distinta da quella della mitezza del diritto, nella celebre formulazione di Gustavo Zagrebelsky⁷, sebbene, da una parte, la mitezza intesa come la capacità del diritto di fare convivere principi contrastanti può pure essere correttamente ricondotta alla comparsa e alla supremazia dei diritti (soggettivi) nell'orizzonte del diritto (oggettivo) e, d'altra parte, la convivenza di principi contrastanti richiede strumenti giuridici adatti a gestire il conflitto. Ma si tratta di una mitezza costituzionale in senso stretto; si tratta cioè dell'aspirazione a far convivere principi diversi (e non solo diritti) nel tessuto normativo costituzionale. Il fenomeno del *non-state law* o del *soft law* fa piuttosto riferimento al modo di praticare il diritto, ai suoi mezzi e strumenti. In particolare, tali fenomeni sono strumenti dell'effettività e dell'efficacia del diritto, non solo in quanto reazioni (seppure di tipo diverso) alle violazioni, ma soprattutto in quanto capaci di guidare efficacemente l'azione socialmente rilevante, anche (ma non solo) nella direzione della tutela dei diritti.

L'ipotesi che si vuole saggiare è che il fenomeno che va sotto il nome di *non-state law* o di *soft law* sia emerso nel panorama giuridico contemporaneo anche a causa della rilevanza e della pervasività dell'esigenza di protezione dei diritti degli esseri umani e dei cambiamenti che questa finalità introduce nei sistemi giuridici. L'alternativa sarebbe che la concomitanza tra questi due fenomeni giuridici sia puramente casuale. Se è vera la prima ipotesi, allora, a partire dalla costatazione della massiccia presenza del *non-state law* o *soft law* nella pratica dei diritti, si potrà sostenere con forza che il fine di proteggere i diritti umani esige anche una consistente trasformazione del diritto e dei suoi strumenti. Se è vera la seconda, si potrà invece pensare che la pratica giuridica di proteggere i diritti umani presenta ancora notevoli carenze dal punto di vista giuridico, precisamente perché si serve massicciamente del *non-state law* e del *soft law*. In altre parole, la pratica giuridica di protezione dei diritti degli esseri umani sarebbe ancora fortemente difettosa, non solo nel senso del tutto ovvio delle numerose violazioni dei diritti – che sono sempre troppe, ma che riguardano qualunque tipologia di diritto – ma piuttosto nel senso che tale pratica non potrebbe considerarsi giuridica in senso stretto, perché troppo lontana da ciò che consideriamo pienamente diritto, cioè il *hard law*. Tra queste due tesi estreme vi sono molte posizioni mediane, come quella che per esempio porta a considerare *non-state law* e *soft law* strumenti particolarmente adatti in un contesto in cui una delle finalità fondamentali del diritto è quella di proteggere i diritti degli esseri umani. Questa ipotesi sarebbe confermata dall'espansione del *soft law* nel campo dei diritti. Quello della pratica dei diritti umani è il contesto principale, anche se non l'unico, in cui è maturato questo nuovo fenomeno giuridico.

7. G. Zagrebelsky, 1992.

dico. Qui si farà riferimento soprattutto a questo settore dell'esperienza giuridica.

Sullo sfondo si scorge la questione della definizione del diritto e dei suoi tratti fondamentali e dunque dell'opportunità che questi diversi strumenti – *non-state law*, *soft law* – siano da considerarsi pienamente giuridici o meno. Tuttavia, questa domanda tende a diventare circolare. Infatti, la loro esistenza come fenomeno giuridico è un dato di fatto, e non è in discussione. Quello che è in discussione è la loro tematizzazione e articolazione con teorie, concetti e principi giuridici tradizionalmente consolidati nel contesto dell'*hard law* – quali l'unità del sistema giuridico attraverso la dottrina delle fonti, la legittimità democratica, la certezza del diritto, il principio di legalità –, così come la valutazione della compatibilità del *non-state law* e del *soft law* con questi. Per esempio, è stato sostenuto che manca ancora che i veri autori del diritto – gli Stati nel diritto internazionale – accettino il *soft law*⁸, anche se come si vedrà vi sono ragioni per sostenere che questo sia già accaduto. Ma ciò significa in qualche modo partire già dall'idea che il *soft law* non sia diritto, perché è diritto solo ciò che lo Stato accetta come tale. E, allora, come si fa a dire che l'esistenza del *soft law* è un dato di fatto? In altre parole, non si può negare questa particolare evoluzione del diritto, e occorre ripensare la teoria del diritto. Sebbene sia chiaro che il *soft law* non è *hard law*, non si può neppure dire che non sia diritto e che si tratti di un fenomeno esclusivamente morale o politico: esso è una «middle-of-the-road strategy»⁹, come anche i più scettici devono ammettere, precisamente per le implicazioni ed effetti giuridici che produce. Resta sullo sfondo il problema se la definizione del diritto debba essere costruita sulla base della opposizione dicotomica tra diritto e non diritto, oppure se sia più adatta un'opposizione polare che ammette sfumature intermedie¹⁰.

In questo lavoro, dunque, si assumerà che il *non-state law* e il *soft law* sono manifestazioni certamente giuridiche che forse non rispondono del tutto a certe definizioni del diritto, provenienti da teorie stataliste o sanzionatorie del diritto, ma ciò potrebbe dipendere dallo scarso potere di spiegazione di tali teorie. Resta certamente fuori dalla portata di questo lavoro il grande problema di rimodulare o costruire una teoria del diritto che includa questo fenomeno alla luce di principi di civiltà giuridica suindicati. Qui il tentativo è quello di avanzare nella comprensione della natura del diritto, delle sue finalità e delle sue modalità, o anche semplicemente recuperare certi aspetti del diritto che la teoria dominante aveva messo in sordina.

8. S. Lagoutte, T. Gammeltoft-Hansen, J. Cerone, 2016, 5. *Mutatis mutandis* si potrebbe dire lo stesso dei parlamenti.

9. A. Guzman, T. Meyer, 2010, 180.

10. Su questa distinzione e sulla sua applicazione nella filosofia del diritto si veda F. Zanetti, 2009. Le pratiche sociali peraltro interagiscono.

Come ultima premessa occorre dire che la complessità di questa indagine è data dal fatto che il regno del *soft law* è variegatissimo ed è dunque difficile inquadrarlo in maniera schematica ma soddisfacente. Quel che è certo è che esso è ampiamente diffuso nel campo dei diritti umani. In tale pratica, la presenza di dichiarazioni, risoluzioni, conclusioni, cioè atti e regole senza apparente o dichiarato valore legale – come si suol definire il *soft law* – è altissima. Prima di esaminare come e perché i diritti umani sono particolarmente amici di questa trasformazione del diritto, e quali sono le ragioni per sostenere un legame tra i due fenomeni, occorre additare seppure indicativamente ulteriori caratteristiche di questa modalità del diritto contemporaneo. E questo lo si farà richiamando alcuni aspetti tipici della pratica dei diritti.

2. LA DIFFERENZIAZIONE GIURIDICA

Il diritto appare oggi in modo variegato: è stato detto che esso si presenta come un fenomeno differenziato, salvo poi riservarsi di ritenere certe differenziazioni come espressioni incomplete e imperfette della giuridicità¹¹. Due sono le espressioni con cui si fa riferimento al processo di differenziazione giuridica, che ovviamente a loro volta presuppongono una certa idea di diritto: il diritto non statale e il *soft law*. Il dato in comune alle due espressioni è che entrambe sono coniate per difetto o per differenza rispetto ad una forma di diritto che viene considerata principale, quello appunto che viene chiamato diritto statale o *hard law*. Tipicamente, queste definizioni parassitiche dipendono da alcune assunzioni su cosa sia il diritto: esso è il prodotto dello Stato (la tesi dell'origine statale del diritto e del monopolio statale della produzione giuridica); oppure la tesi secondo cui il diritto è caratterizzato da un certo modo di concepire la forza o tesi sanzionatoria o della coercizione come tratto distintivo del diritto, a sua volta collegata alla prima attraverso il monopolio statale dell'uso legittimo della forza. Nei sistemi evoluti, il privilegio della forza è collegato alla legittimazione democratica, ma tale privilegio si riconosce altresì a Stati non democratici. Pertanto non è detto che il monopolio della forza sia collegato necessariamente alla legittimazione democratica. Piuttosto, il privilegio dell'uso della forza sembra essere collegato al concetto giuridico di Stato, indipendentemente dalle sue caratteristiche istituzionali concrete¹².

L'indicazione del fenomeno in termini di *non-state law* e *soft law* conducono all'idea che queste forme differenziate del diritto non siano legalmente

11. È la tesi di F. Schauer, 2015, che illustra questa differenziazione, ma che poi sostiene sostanzialmente una teoria statista del diritto, nella quale le manifestazioni della differenziazione sono giuridiche nella misura in cui sono sostenute dallo Stato.

12. La riflessione contemporanea ha affrontato l'argomento attraverso la discussione dei diritti territoriali dello Stato. Si veda, tra gli altri, T. Meisels, 2005.

vincolanti, perché lo è solo il diritto in senso pieno, il diritto prodotto dallo Stato e sostenuto da una certa forma di coercizione, quella statale. Da questo punto di vista il caso di studio più interessante per il presente argomento è quello in cui sono proprio gli Stati ad obbedire ad un diritto che non è prodotto da loro stessi e che presenta le caratteristiche riassunte nell'aggettivo «soft». Si tratta cioè del caso in cui proprio chi vanta il monopolio della produzione giuridica e dell'uso della forza obbedisce ad un diritto prodotto da altri e non perché sostenuto da coercizione. Questo è quello che alcuni internazionalisti hanno chiamato «the mystery of soft law»¹³, la cui presenza è palese nel campo dei diritti umani. Si tratta certamente di un mistero alla luce di una certa teoria del diritto. Non è altrettanto misterioso se si osserva che il principale obiettivo del diritto è quello della coordinazione o cooperazione¹⁴, e che il principale interesse dello Stato come attore giuridico è quello di continuare a cooperare entro contesti di interdipendenza, per esempio nella scena internazionale. In altre parole, la forza del diritto deriva dalla sua capacità di inclusione e di coordinazione e il principale effetto negativo della violazione del diritto è quello della esclusione dalla cooperazione o, come di recente è stato sostenuto, dell'«outcasting»¹⁵.

La tesi del carattere derivato o secondario del *soft law* nell'ambito internazionale ha rinverdito – almeno sotto il profilo teorico e filosofico-giuridico – la facile obiezione sulla natura imperfetta del diritto internazionale, la cui giuridicità è stata a lungo contestata¹⁶. Tuttavia, il *soft law* è tipico non solo dell'ambito internazionale o transnazionale, ma anche di quello domestico: è cioè un fenomeno trasversale a tutta la pratica giuridica.

Precisamente partendo dalle differenze rispetto al modello del diritto statale, il *soft law* da un lato ammette soggetti produttori di diritto diversi dallo Stato, dall'altro lato implica anche una diversa nozione di forza. Riguardo al primo punto possiamo richiamare – in modo non esaustivo – il fenomeno delle autoregolamentazioni da parte di settori diversificati del mercato, delle professioni, delle aree di *expertise* di vario tipo, della società civile, a livello domestico o internazionale, che si trasformano in agenti produttori del diritto. Proprio la pratica della tutela dei diritti vede il moltiplicarsi di ONGs e di associazioni di varia natura così come di organizzazioni internazionali statali non governative e non statali, e di autorità indipendenti.

13. A. Guzman, T. Meyer, 2010, 171.

14. La differenza tra cooperazione e coordinazione è controversa, ma qui si tenderà a minimizzarla. Si può sostenere che il potere pubblico sia prima di tutto giustificato dall'esigenza di coordinazione/cooperazione, e che sia la coordinazione/cooperazione ad esigere la coercizione.

15. Questa logica spiega anche le dinamiche del diritto a livello domestico. Su questo argomento è fondamentale il saggio di O. Hathaway, S. J. Shapiro, 2011.

16. Fino a H. L. A. Hart, 1994.

Sul profilo della forza, si possono ricordare le modalità alternative di risoluzioni delle controversie, sia a livello internazionale, sia a livello domestico, come anche forme diverse di coercizione, cioè quelle che non implicano l'uso della forza fisica, ma piuttosto quella esercitata in termini di reputazione: il *knowing and showing*, il *naming and shaming*. Si tratta in generale di forme di coercizione nelle quali è evidente che l'obiettivo è l'esclusione dai benefici della cooperazione. Queste due grandi direzioni di sviluppo del diritto contemporaneo investono appunto il problema della produzione del diritto – contro il monopolio da parte di un unico soggetto – e quello della comprensione della forza del diritto – contro la prevalenza della forza fisica. Il caso delle modalità alternative di risoluzione di controversie è espressione dei due caratteri differenziali sopra richiamati. Infatti in esse sono osservabili entrambe le novità presentate dal *soft law*: il chi, cioè che a giudicare sia un soggetto diverso da quello preconstituito dallo Stato (che invece appronta la giurisdizione statale), e il come, cioè il volontario ricorso a soggetti scelti e competenti in alcune discipline, non prestabiliti per legge, a cui segue la volontaria esecuzione della decisione¹⁷.

3. PRE-LAW, POST-LAW E PARA-LAW NELLA PRATICA DEI DIRITTI

Ai fini della comprensione del fenomeno, Linda Senden ha proposto una classificazione del fenomeno del *soft law* in tre aree, quella del *pre-law*, quella del *post-law* e quella del *para-law*¹⁸, che corrisponde in sostanza al *non-state law*. La classificazione è costruita sull'esperienza dell'Unione europea, che è un ottimo laboratorio per studiare all'opera tutti questi fenomeni. Il primo gruppo, il *pre-law*, conterebbe una serie di atti preparatori del vero diritto o *hard law*, che invece sarebbe quello dei parlamenti degli Stati (democratici?). Si tratta di atti preparatori di altri atti e documenti giuridici che arriveranno ad essere diritto, cioè pienamente vincolanti. È cioè una forma di diritto che prepara altro diritto. Questa tipologia è però diversa dai tradizionali atti preparatori, che possono essere completamente stravolti e non hanno alcun valore fino a quando un atto di volontà successivo rende giuridica una delle versioni preparatorie. Nel nuovo contesto si parla invece di atti e documenti che vincolano il contenuto del diritto che stanno preparando. A differenza dei tradizionali documenti preliminari alla positivizzazione, si può dire che in questo caso quelli che mettiamo sotto l'etichetta del *pre-law* non sono formalmente diritto, ma lo sono nella sostanza. Il caso più noto di questa tipologia di *soft law* nel contesto della pratica dei diritti umani è quello della

17. La questione delle forme alternative di risoluzione di controversie è certamente molto più complessa di come qui la si sta presentando.

18. L. Senden, 2004, 119.

Dichiarazione Universale del 1948 (che però è anche rilevante sul fronte del diverso modo di concepire il carattere sanzionatorio). È noto che tale Dichiarazione non è un trattato, come succede invece nel caso dei Patti sui Diritti civili e politici e dei Diritti economici, sociali e culturali del 1966, ratificati nel 1976. I Patti sì che avrebbero dato validità giuridica ai diritti contenuti in essi. La Dichiarazione invece era stata concepita come una raccolta di standard per la tutela dei diritti. Guardando indietro, però, si può constatare che tutte le norme della risoluzione 217 A (III) dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite che contiene la suddetta Dichiarazione sono state incorporate in trattati ampiamenti ratificati¹⁹ e che essa è utilizzata largamente in decisioni giuridiche a livello domestico e internazionale. Per questa ragione la stessa Dichiarazione è stata considerata l'atto iniziale della pratica dei diritti umani. Lo stesso discorso – ma a livello regionale – potrebbe farsi a proposito della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata solennemente a Nizza del 2000, ritenuta allora esplicitamente non formalmente vincolante, ma consacrata definitivamente nel 2009 con l'articolo 6 paragrafo 1 del Trattato dell'Unione europea, che riconosce al documento lo stesso valore del trattato. Nel frattempo, però, quando non era stata resa ancora formalmente vincolante, è stata utilizzata nelle sentenze di giudici dell'Unione per identificare i diritti fondamentali.

L'idea veicolata da questa tipologia di atti è ben colta quando si parla di «rules that are already in the process of incubation» e che partecipano ai processi di «norm-creating»²⁰: regole in incubazione, che costituiscono candidati idonei ad essere cristallizzati in *hard law*. Si tratta di norme che esercitano un potere di trazione che non deriva dalla loro forza o validità giuridica (talvolta addirittura esplicitamente negata), ma piuttosto dal loro contenuto, dal punto verso il quale dirigono l'azione. Si tratta di regole che contengono indicazioni operative che non possono essere trascurate, perché frutto di esperienze riuscite (*best practices*), perché esito di negoziazione in consensi collettivi (libri bianchi e verdi dell'Unione europea), perché derivanti da *expertise*. Usando una terminologia desueta si direbbe che la loro forza è direttiva più che coercitiva. Tali regole attraggono verso una direzione per l'azione, piuttosto che spingervi. La loro forza sta nella capacità di indicare verso dove andare, consentendo di discernere i mezzi adatti per raggiungere il fine. Si tratta di una forza per attrazione verso il fine. In questo senso, il *soft law* enfatizza il fine e il processo, rispetto al risultato o reazione alla violazione. Non è giuridico solo il prodotto finale ma anche il processo, e il processo viene prima del prodotto e si spiega in relazione al fine da raggiungere. Tra *soft law* e *hard law* non vi sarebbe dunque soluzione di continuità.

19. J. Morsink, 1999.

20. S. Lagoutte, T. Gammeltoft-Hansen, J. Cerone, 2016, 5.

La teoria giuridica classica è invece solitamente concentrata su due momenti rilevanti per la giuridicità: l'inizio e/o la fine (da distinguere dal fine). Le teorie che privilegiano la dottrina delle fonti enfatizzano il momento iniziale o l'origine: «[i]n other words, what the rule says does not matter; where it comes from makes all the difference»²¹. Così si pretende stabilire in anticipo e formalmente cosa è diritto e cosa non lo è e di distinguere nettamente i piani del diritto e del non diritto. La versione alternativa segue l'idea secondo cui le regole giuridiche si rivelano come tali alla fine, in relazione alla reazione che segue le violazioni²². Il primo è l'atteggiamento tipico dell'*analytical jurisprudence*²³; il secondo è quello tipico di ogni posizione realista. Resta da stabilire cosa si perde nel mezzo, che è appunto l'aspetto pratico del diritto. In quest'ultima ottica, i mezzi (i doveri) sono necessari rispetto ai fini da realizzare. Il fenomeno del *soft law* suggerisce che le cose sono più complesse e sfumate di come le teorie tradizionali insegnano. Il processo di creazione (o di positivizzazione) del diritto è appunto un processo e non un atto unico e istantaneo.

Nel secondo gruppo o *post-law* si trovano le direttive, linee guida, regolazioni che seguono atti giuridici e decisioni giuridiche valide in senso formale. Si tratta di un diritto in applicazione di altro diritto. In questo caso la finalità non è creare diritto ma portarlo ad attuazione. Si può parlare anche qui di incubazione perché il diritto non è pienamente riuscito fino a quando non arriva ad essere attuato (e dunque nemmeno quando la violazione si verifica e viene sanzionata). Non si tratta di stabilire nuovi obblighi, ma di fare in modo che obblighi già esistenti arrivino ad essere implementati. L'implementazione è anch'essa un processo, come lo è la creazione di norme. Talvolta questa funzione viene indicata come «norm-filling»²⁴ e può riguardare sia la disposizione di norme e mezzi, sia anche la loro interpretazione. Laddove certi standard sono già obbligatori, dunque – in molte aree dei diritti umani, ma non solo –, il *soft law* serve a risolvere problemi applicativi e interpretativi. Un esempio tra i tanti è quello che viene indicato con il nome di processo di Copenaghen, cioè l'insieme di principi e linee guide, elaborati tra il 2006 e il 2012, con l'obiettivo di trovare standard comuni per il trattamento di detenuti nel corso di interventi militari e di *peacekeeping*²⁵. Dal punto di vista interpretativo, invece, si può pensare ai *General Comments*, in tema di applicazione dei trattati o da parte del Comitato delle Nazioni Unite sui diritti economici,

21. F. Schauer, 2009, 62.

22. N. Bobbio, 1993, 121.

23. J. Raz, 1979, ma seguendo l'insegnamento di John Austin e Hans Kelsen.

24. S. Lagoutte, T. Gammeltoft-Hansen, J. Cerone, 2016, 6.

25. B. O. Oswald, 2016, 109-27.

sociali e culturali²⁶, oppure in risposta ai *reports* dell'*Universal Periodic Review*, che sono volti ad individuare standard comuni di protezione dei diritti. Siamo di fronte a ciò che la teoria tradizionale avrebbe considerato tutt' al più criteri di integrazione o di risoluzione di antinomie o più semplicemente di interpretazione del diritto, e che secondo questa prospettiva, invece, sono da considerare parte della pratica giuridica. Un tentativo lodevole ma incompleto di rendere conto di questa dinamicità interna al diritto in tema di diritti è quello proposto dalla teoria delle garanzie primarie e secondarie dei diritti fondamentali di Luigi Ferrajoli²⁷. Le prime riguardano i diritti riconosciuti e gli obblighi generali derivanti da essi, come predisposti dagli ordinamenti, e le seconde gli obblighi di sanzionare e riparare la violazione di tali diritti: predisposte le prime, fino a quando si predispongono le seconde, si creano lacune negli ordinamenti. Questa distanza tra i principi incorporati e le garanzie dovute introduce una certa dinamicità nel giuridico. Ma se l'obiettivo è l'implementazione dei diritti, forse c'è ancora spazio da riempire tra queste due tipologie di garanzie. È questo spazio di azione, e non solo di reazione sanzionatoria o riparatoria, che il *post-law* mira a colmare. Ancora una volta è il contenuto dei diritti a creare lo spazio di giuridicità ulteriore.

Il terzo gruppo, o *para-law*, è il più problematico e resistente alle teorie tradizionali, perché gli altri due gruppi potrebbero essere in qualche modo assorbiti o liquidati entro gli schemi tradizionali dicendo che il primo non è ancora diritto e il secondo lo è in virtù del vero diritto, dunque per qualità derivata²⁸. Il *para-law*, invece, abbraccia cose molto diverse accomunate dal fatto che non sono diritto prodotto dallo Stato (dunque è un *non-state law*), ma da altre agenzie: di carattere economico, professionale, scientifico, sociale. L'espansione di questo diritto in ambito economico ha portato a ritenerlo dispregiativamente *no law*²⁹, ma ciò varrebbe solo se tutto il capitolo del *soft law* fosse dominato da logiche liberistiche e gli attori fossero unicamente le multinazionali. Così non è, invece, sia perché il *soft law* è un fenomeno che riguarda altre esperienze – si pensi appunto al ruolo delle ONGs nella pratica dei diritti umani –, sia perché questi diversi attori non sono appiattiti su valori economici. La dicotomia Stato-mercato misconosce la presenza della società civile nella pratica giuridica e il massiccio impegno di diversificati attori sul fronte dei diritti³⁰. Lo stesso discorso si potrebbe fare per l'ambiente.

26. K. L. McCall-Smith, 2016, 27-46 e M. Bodig, 2016, 69-88.

27. L. Ferrajoli, 2001.

28. È sostanzialmente quanto sostiene F. Schauer, 2015, laddove individua nello Stato l'attore che inverte le sanzioni e quindi che in ultima istanza decide del giuridico.

29. R. Bin, 2009. Ma anche P.-M. Dupuy, 1990-1991, 420, che ritiene il *soft law* «a trouble maker».

30. F. Marrella, 2017.

Quest'ultima linea di sviluppo del *soft law* (il *para-law*) è quella che più direttamente mira a ridimensionare il ruolo dello Stato come unico attore nella scena giuridica. Non si tratta di negarne l'importanza, ma piuttosto di non lasciarlo solo. La pratica di protezione dei diritti umani ha mostrato di avere un carattere inclusivo, nel senso che ogni forza o risorsa nella direzione della loro implementazione è degna di apprezzamento: i diritti si tutelano attraverso la denuncia, la pressione sociale, la rappresentanza, e non solo attraverso la legislazione, il potere esecutivo o la giurisdizione. Com'è noto, e come la teoria politica dei diritti tiene ad evidenziare, i diritti umani sono nati all'origine come impegni degli Stati³¹. Tuttavia, questo non significa che siano soltanto gli Stati a prendere parte pratica dei diritti. In altre parole, i diritti trasformano anche le relazioni orizzontali e non solo quelle verticali (o statali). Questo è evidente se si pensa al coinvolgimento nella protezione dei diritti di organizzazioni sociali, di imprese, di organizzazioni internazionali, ma anche se si considera l'ampio capitolo degli *indirect human rights abusers*³². È questo il senso del cosmopolitismo dei diritti: la pratica della loro protezione comprende prima di tutto gli Stati *al plurale* e anche una pluralità di attori diversi dagli Stati. Resta il problema della coordinazione di questi attori in un contesto accefalo, com'è quello internazionale. Questo però è un altro tema. È possibile tuttavia sostenere che questa coordinazione debba seguire la logica della prossimità e della sussidiarietà come principi giuridici³³.

In conclusione, per quanto riguarda il *pre-law* si può notare che i diritti sono finalità e condizioni generali della vita in comune che devono permeare tutti i contesti normativi. Per quanto riguarda il *post-law* essi indicano una direzione che non è sufficiente proclamare in generale, ma che occorre implementare. Per quanto riguarda il *para-law* i diritti hanno mostrato di attirare alla pratica giuridica attori diversi insieme agli Stati.

4. LA COOPERAZIONE, INNANZITUTTO, ANCHE OLTRE LO STATO

La caratteristica più evidente del *soft law* è la sua capacità di produrre cooperazione in contesti nei quali le regole non possono essere imposte dall'alto perché i centri di decisioni sono molteplici; dove vi sono valori o fini comuni, anche se non sono chiari i processi di implementazione o interpretazione; oppure in contesti nei quali le regole esistenti non rispondono sufficientemente alla partecipazione dal basso che la pratica del diritto richiede. In tutti questi casi i pericoli di incertezza sono notevoli, ma il valore aggiunto appare essere

31. Il riferimento obbligato è M. Ignatieff, 2001.

32. Esempi tra molti altri si possono trovare in E. Yahyaoui Krivenko, 2016.

33. Sul significato della sussidiarietà nel diritto contemporaneo e sulla sua logica e sulle sue ambiguità si veda F. Viola, 2009.

l'effettività. Ovviamente è necessario predisporre strumenti per il controllo, introducendo verifiche di responsabilità e contesti in cui è possibile esigere e dare conto³⁴. Il vero obiettivo è quello di muovere nella stessa direzione, una volta individuati gli obiettivi comuni. Da questo punto di vista la dinamica giuridica è quella stessa introdotta dai principi giuridici come precetti di ottimizzazione o di realizzazione di un obiettivo nella maggiore misura possibile³⁵. I principi giuridici – tra i quali i diritti risaltano – segnalano esplicitamente direzioni per l'azione comune e condizioni della coordinazione. In costanza di queste condizioni la partecipazione alla pratica giuridica può aprirsi a nuovi attori, includendo agenti diversi dallo Stato.

La perplessità verso il *soft law* ha portato talvolta a parlare della *complicità* degli Stati con il *soft law*³⁶. Se si guarda benevolmente si può notare che gli Stati sono mossi dall'interesse all'effettivo raggiungimento di finalità comuni e che parlare di complicità non è altro che indicare un certo grado, minimo, di cooperazione. Il *soft law*, infatti, dissolve la tendenza a considerare il rispetto del diritto una questione del tutto o niente: o si rispetta una regola, o non la si rispetta. Al contrario, la vita del diritto è piena di complicità e di compromessi³⁷, che talvolta non sono soddisfacenti, ma che sono accettabili nella misura in cui sono atti compiuti in una certa direzione e a certe condizioni³⁸.

Quello che hanno in comune il *soft law* e la mitezza costituzionale è il ridimensionamento del ruolo dello Stato. La seconda in favore della costituzione, che è per definizione una chiamata alla partecipazione di tutti alla costruzione di un assetto comune; il primo attraverso la capacità di coinvolgimento di attori diversi nei processi necessari per attuare l'impresa giuridica di protezione dei diritti. Una pratica giuridica siffatta manifesta che la forza del diritto non può che costruirsi sulla base di un interesse alla cooperazione, cioè ad una volontaria partecipazione all'impresa comune che si manifesta a diversi livelli, sia in capo agli Stati, sia da parte di istituzioni internazionali, sia tra ruoli complementari, sia da parte di diverse agenzie e perfino di individui.

34. Uno dei grossi capitoli di studio sul *soft law* è quello della legittimità. Un punto di partenza può essere S. I. Karlsson-Vinkhuyzen, A. Vihma, 2009. Si veda anche R. O. Keohane, 2009.

35. R. Alexy, 2012.

36. Si pensi al sostegno che gli Stati danno da tempo al ricorso agli arbitrati attraverso la disciplina contenuta nella Convenzione internazionale di New York del 1958.

37. C. M. Chinkin, 1989, 861.

38. Si può giustamente notare che il *soft law* si sia diffuso a livello internazionale e precisamente nel campo dei diritti umani perché non è realistico aspettarsi che il *hard law* protegga i diritti. Questa lettura (realistica?) è certamente plausibile. Da come il diritto internazionale e domestico stanno evolvendo e in particolare da come la pratica di protezione dei diritti sta progressivamente trasformando il diritto esistente (il rafforzamento delle corti internazionali è solo uno dei dati), mi sembra pure plausibile la lettura qui proposta. Inoltre, il mio interesse è osservare come il diritto evolve. La posizione realistica subordina il diritto a concrete volontà politiche. Su questo non sono in grado di esprimere un'opinione.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ALEXY Robert, 2012, *Teoria dei diritti fondamentali* (1985), a cura di Leonardo Di Carlo. il Mulino, Bologna.
- BIN Roberto, 2009, «Soft Law, No Law». In *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, a cura di Alessandro Somma, 31-40. Giappichelli, Torino.
- BOBBIO Norberto, 1993, *Teoria generale del diritto*. Giappichelli, Torino.
- BODIG Mátyás, 2016, «Soft Law, Doctrinal Development, and the General Comments of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights». In *Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights*, ed. by Thomas Gammeltoft-Hansen, Stephanie Lagoutte, John Cerone, 69-88. Oxford University Press, Oxford.
- CHINKIN Christine M., 1989, «The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law». *International and Comparative Law Quarterly*, 38: 850-66.
- DUPUY Pierre-Marie, 1990-1991, «Soft Law and The International Law of the Environment». *Michigan Journal of International Law*, 12: 420-35.
- FERRAJOLI Luigi, 2001, *Diritti fondamentali*. Laterza, Roma-Bari.
- GUZMAN Andrew T., MEYER Timothy L., 2010, «International Soft Law». *Journal of Legal Analysis* 2, 1: 171-225.
- HART Herbert L. A., 1994, *The Concept of Law* (1961). Clarendon Press, Oxford.
- HATHAWAY Oona, SHAPIRO Scott J., 2011, «Outcasting: Enforcement in Domestic and International Law». *The Yale Law Journal*, Faculty Scholarship Series, paper 3850.
- IGNATIEFF Michael, 2001, *Human Rights as Politics and Idolatry*, ed. by Amy Gutmann. Princeton University Press, Princeton.
- KARLSSON-VINKHUYZEN Sylvia, VIHMA Antto, 2009, «Comparing the Legitimacy and Effectiveness of Global Hard Law and Soft Law: An Analytical Framework». *Regulation & Governance*, 3: 400-20.
- KEOHANE Robert O., 2009, «Accountability in World Politics». *Scandinavian Political Studies*, 29, 2: 75-87.
- LACEY Nicola, 2013, «Institutionalising Responsibility: Implications for Jurisprudence». *Jurisprudence*, 4, 1: 1-19.
- LAGOUTTE Stéphanie, GAMMELTOFT-HANSEN Thomas, CERONE John, 2016, *Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights*. Oxford University Press, Oxford.
- MARRELLA Fabrizio, 2017, *International Protection of Human Rights and Activities of Transnational Corporations/Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales*. Brill-Nijhoff, Leiden-Boston.
- MC CALL-SMITH Kasey L., 2016, «Interpreting International Human Rights Standards: Treaty Body General Comments as a Chisel or a Hammer». In *Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights*, ed. by Thomas Gammeltoft-Hansen, Stephanie Lagoutte, John Cerone, 27-46. Oxford University Press, Oxford.
- MEISELS Tamar, 2005, *Territorial Rights*. Springer, Dordrecht.
- MORSINK Johannes, 1999, *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent*. University of Pennsylvania Press, Philadelphia.
- MOYN Samuel, 2010, *The Last Utopia. Human Rights in History*. The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.).

- OSWALD Bruce 'Ossie', 2016, «The Copenhagen Process. Some Reflections Concerning Soft Law». In *Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights*, ed. by Thomas Gammeltoft-Hansen, Stephanie Lagoutte, John Cerone, 109-27. Oxford University Press, Oxford.
- RAZ Joseph, 1979, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*. Clarendon Press, Oxford.
- SCHAUER Frederick, 2009, *Thinking like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*. Harvard University Press, Cambridge (Mass.).
- ID., 2015, *The Force of Law*. Harvard University Press, Cambridge (Mass.).
- SENDEN Linda, 2004, *Soft Law in European Community Law*. Hart Publishing, Oxford-Portland.
- TRUJILLO Isabel, 2015, «Estado de derecho y práctica de los derechos humanos». *Persona y derecho*, 73, 2: 161-80.
- TRUJILLO Isabel, VIOLA Francesco, 2014, *What Human Rights Are Not (Or Not Only). A Negative Path To Human Rights*. Nova Science Publishers, New York.
- VIOLA Francesco, 2009, «Luci e ombre del principio di sussidiarietà». *Ragion pratica*, 32: 107-30.
- YAHYAOUI KRIVENKO Ekaterina, 2016, «The Role and Impact of Soft Law on the Emergence of the Prohibition of Violence Against Women Within the Context of the CEDAW». In *Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights*, ed. by Thomas Gammeltoft-Hansen, Stephanie Lagoutte, John Cerone, 47-67. Oxford University Press, Oxford.
- ZAGREBELSKY Gustavo, 1992, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*. Einaudi, Torino.
- ZANETTI Francesco, 2009, «Individui situati e trasformazioni del diritto». In *L'identità plurale della filosofia del diritto*, a cura di Patrick Nehrot, 99-111. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.