

Monica Lugato

SULLA SUSSIDIARIETÀ IN DIRITTO INTERNAZIONALE*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Nozione di sussidiarietà accolta nel presente lavoro. – 3. Le circostanze che giustificano un'indagine sulla sussidiarietà in diritto internazionale. – 4. Il principio di sussidiarietà nel diritto internazionale dei diritti umani: la fissazione degli *standards* normativi. – 5. *Segue*: l'attuazione delle norme. – 6. *Segue*: il margine di apprezzamento. – 7. Sussidiarietà e responsabilità di proteggere. – 8. Altre possibili manifestazioni della sussidiarietà in diritto internazionale. – 9. Sussidiarietà e costituzionalizzazione del diritto internazionale. – 10. Considerazioni conclusive.

1. La sussidiarietà ha di recente cominciato ad attrarre l'attenzione della dottrina internazionalistica, in particolare nel contesto del diritto internazionale dei diritti umani e in quello dell'ampio dibattito sulla costituzionalizzazione dell'ordinamento internazionale. Nel primo, essa è stata ricostruita come principio strutturale; nel secondo, viene richiamata in chiave di prospettiva concettuale utilizzabile nella ricostruzione delle relazioni fra diritto internazionale e diritto interno nell'era della globalizzazione.

Il tema della sussidiarietà investe aspetti nodali della teoria e della pratica del diritto internazionale contemporaneo: la sovranità, lo *status* dell'individuo, i rapporti fra ordinamento statale e ordinamento internazionale, la natura ed i fini di quest'ultimo, nelle mutate condizioni politiche e socio-economiche contemporanee¹, nelle quali si assiste ad un aumen-

* Testo aggiornato e integrato della relazione tenuta al II Convegno dell'Archivio giuridico, LUMSA, Roma, 23 aprile 2010.

¹ Secondo David Kennedy, questo è «a moment both of great unknowing and disciplinary reinvention», nel quale sappiamo molto poco sulla struttura della società globale, sul potere e sull'autorità nella società globale e su come e per chi essi dovrebbero essere esercitati: D. KENNEDY, *The Mystery of Global Governance*, in *Ruling the World*, a cura di J. L. Dunoff e J. P. Trachtman,

Ferrando Mantovani

DROGA: MALE OSCURO DELLA VITA E DELLA LIBERTÀ*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Le ideologie sulla droga. – 3. Le devastanti realtà delle suddette ideologie. – 4. Le direttrici di politica antidroga: la prevenzione. – 5. Le direttrici nel campo penale. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Considerazioni introduttive.

A coloro, e specie ai giovani, che si pongono il problema se cedere alla tentazione della droga vanno inviati messaggi forti, per renderli edotti che l'uso della droga è un fatto non personale, che si esaurisce nell'ambito della mera sfera privata individuale, ma che incrocia una serie di interessi individuali e ultraindividuali, collettivi e pubblici, stante l'universo di negatività che sta dietro all'uso individuale della stessa. E, innanzitutto, costoro, e più in generale una pubblica opinione disinformata e latitante, debbono sapere: 1) in primo luogo della *profonda mutazione*, a partire dalla fine degli anni Sessanta della tossicomania: da fenomeno marginale di pochi adulti, cosiddetti «viziosi», a fenomeno giovanile epocale, di dimensione planetaria e di pandemia; 2) in secondo luogo, che tale mutazione è stata accompagnata da almeno sei *ideologie*, o pseudoculture, che non solo hanno ostacolato la prevenzione della tossicomania, ma ne hanno favorito lo sviluppo, concorrendo tutte ad offrire ad essa una qualche legittimazione; 3) in terzo luogo, degli effetti devastanti e disgregatori, criminogeni e criminali della stessa.

* Il presente scritto è il testo della relazione tenuta all'Incontro del 20 novembre 2009 dell'Associazione Scienza & Vita di Firenze.

Isabella Leoncini

LAICITÀ DELLO STATO, PLURALISMO E DIRITTO COSTITUZIONALE ALL'OBIEZIONE DI COSCIENZA*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Le contrapposte tesi dell'eccezionalità e della regolarità delle norme ordinarie in materia di obiezione di coscienza. – 3. Il fondamento costituzionale del diritto all'obiezione di coscienza. – 4. I limiti interni del diritto. – 5. I limiti esterni. – 6. Le modalità di esercizio del diritto. – 7. Il concreto ambito di operatività.

1. *Considerazioni introduttive.*

Negli ultimi anni, fatti di cronaca legati all'evoluzione delle tecniche mediche (in particolare alle conseguenze del progresso delle pratiche rianimatorie e a nuovi farmaci abortivi) e discussi prodotti legislativi, finiti (L. n. 40/2000 sulla procreazione medicalmente assistita) o *in fieri* (in materia di c.d. dichiarazioni anticipate di trattamento), hanno riportato prepotentemente alla ribalta il tema dell'obiezione di coscienza (da qui: odc), sostanzialmente sopito a livello teorico dai tempi degli scontri sull'obiezione militare e della legalizzazione dell'aborto, anche se periodicamente oggetto di violente polemiche politiche per i suoi aspetti pratici, soprattutto con riferimento all'applicazione dell'art. 9, L. n. 194/1978. Con la progressiva emersione delle problematiche c.d. bioetiche e il contemporaneo processo di c.d. laicizzazione del diritto penale¹, si sono infatti inevitabilmente moltiplicate le ipotesi di dissidio, per ragioni religiose, morali o anche semplicemente politiche, sia

* Questo scritto è destinato agli Studi in onore del Prof. Mario Romano.

¹ Sulla problematicità e ambiguità del concetto di *laicità penalistica*, v.: F. MANTOVANI, *Problemi della laicità nell'esperienza giuridico-penale*, in AA. VV., *Ripensare la laicità. Il problema della laicità nell'esperienza giuridica contemporanea* (a cura di G. Dalla Torre), Torino, 1993, 83 s., 99 ss.

Federico Costantini

GALVÃO DE SOUSA E LA RAPPRESENTANZA POLITICA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Individuo e persona, socialità trascendentale e “animale politico”. – 3. Società di massa, organicismo, rappresentanza e mandato, parlamento e governo. – 4. Totalitarismo e Stato di diritto. – 5. Conclusione.

1. *Introduzione.*

L'esperienza umana è anche esperienza del potere. È innegabile che nelle relazioni sociali si manifesti anche una qualche influenza sugli altri, a livello individuale o collettivo. La questione principale è se il potere si misuri per se stesso – e quindi di fatto possa ammettersi come assoluto – oppure se esista un limite intrinseco che si impone *ex ante* come fondamento e condizione del suo esercizio. Dal primo punto di vista, l'atto di imperio costituirebbe un semplice fatto empirico e, in questo senso, si potrebbe affermare che il potere possa essere legittimamente esercitato in modo arbitrario¹ o che esista una dimensione umana aliena da esso². Dall'altra parte, inve-

¹ È questa la tesi sottesa alla nota espressione kelseniana: «una costituzione è efficace quando le norme prodotte in conformità alle sue disposizioni sono applicate e seguite nelle loro grandi linee» [H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Das Problem der Gerechtigkeit* (I ed. 1960), trad. it. M.G. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Torino: Einaudi (Nuova biblioteca scientifica Einaudi, 12), 1966, pag. 214: § 34, ff].

² L'impostazione che si proclama “antagonista” non pare riuscire a proporre un'alternativa convincente. Per esempio, si può leggere che «o si prende il potere e si diviene come il potere, oppure si nega totalmente il potere – e quindi si definisce immediatamente la possibilità dello spazio politico come negazione assoluta del potere» (A. NEGRI, *Fabrique de porcelaine* (I ed. 2006), trad. M. Tari, *Fabbrica di porcellana. Per una nuova grammatica politica*, Milano: Feltrinelli (Campi del sapere), 2008, pag. 12).

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *La disciplina dell'autotutela nel diritto costituzionale, civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario, comunitario ed internazionale*, a cura di P. Gianniti, CEDAM, Padova, 2010, pp. 641.

L'aspetto forse più interessante e notevole del volume è l'intuizione che ne guida il progetto e compatta l'enorme mole di pagine e temi attorno ad un'unica idea chiave, quella dell'autotutela che appunto dà il nome all'opera. In sostanza, l'osservazione relativa alla trasversalità di questo istituto alimenta una presentazione omogenea di dimensioni giuridiche anche *prima facie* molto distanti, dal settore pubblicistico a quello penale, dal diritto civile a quello processuale ed amministrativo, coinvolgendo il diritto di resistenza così come la libertà di coscienza, ma anche soluzioni normative molto specifiche come il diritto di ritenzione, nel diritto privato, o l'arbitrato come alternativa alla giurisdizione statale, o le garanzie speciali dei lavoratori nel contesto giuslavoristico. C'è spazio, come detto, anche per i profili amministrativi, come l'autotutela decisoria ed esecutiva o quella in materia tributaria, nonché per lo scenario internazionale, dalla revoca delle decisioni amministrative comunitarie alla legittima difesa come giustificazione della reazione armata nell'ambito delle relazioni tra Stati.

Non intendo dire molto di più sui contenuti del volume, in seno a questa breve scheda di presentazione: anche per lasciare al lettore l'interesse e la curiosità per un approccio diretto che si rivelerà molto appagante sia per lo studioso teorico che per il pratico. Mi limito a sbalzare alcune considerazioni relativamente ai capitoli introduttivi, di tipo storico e costituzionalistico e perciò di respiro più ampio e generale, e, per interessi e competenze personali, su quello conclusivo, intitolato alla "autotutela nella filosofia del diritto".

Le "considerazioni introduttive" svolte dal curatore del volume, Pasquale Gianniti, magistrato e curatore di volumi ana-

loghi (i più celebri dei quali sono forse quelli dedicati alla deontologia forense e giudiziaria), hanno l'utile funzione di tessere l'ordito mediante cui si tiene insieme tutto l'abbondante materiale su cui vertono le parti successive. Premessa l'osservazione che l'autotutela costituisce un'eccezione, di solito osteggiata, nei rapporti giuridici tra privati, mentre al contrario nel settore amministrativo, per ovvie ma crescenti ragioni di funzionalità, costituisce oggetto d'incentivazione da parte della legge, Gianniti ne difende il rango di "forma avanzata di protezione delle posizioni giuridiche soggettive", contestando il suo possibile inquadramento negativo come una forma fuori controllo di "farsi giustizia da sé". Il confine è sottile ma decisivo: perché separa il territorio dell'arbitrio, della barbara legge del più forte (che appunto non è diritto ma violenza), da quello della giustizia autentica, che può legittimamente – lo ha sempre fatto – ricorrere a modalità private di risoluzione delle controversie, per esempio con l'arbitrato convenzionale (che, come osserva l'autore, è persino idoneo a consentire "la creazione di ipotesi atipiche di autotutela": p. 6).

In via generalissima ed introduttoria, l'autotutela privata viene dunque definita come "autodifesa extraprocessuale delle situazioni soggettive private per atto unilaterale tipico (cioè tassativamente previsto per legge) ad opera della parte interessata. Suo scopo primario è proprio quello di evitare il verificarsi del danno, così fornendo la massima protezione alla situazione giuridica dell'interessato" (p. 7). Come abbiamo visto, l'arbitrato peraltro apre all'interno del novero di ipotesi tipiche una valvola di accesso per ipotesi atipiche, proceduralizzate nelle forme arbitrali che però sostanzialmente sembrano legittimarne l'attitudine creativa.

Interessante, tra gli spunti offerti nei primi capitoli del volume, e segnatamente in quello storiografico a cura di Davide Rossi, anche l'additare tra le nuove forme di autotutela nientemeno che i diritti umani: "I diritti umani su base internazionale stanno lentamente diventando, nel corso del nuovo Millennio, un vero e proprio argine a favore dell'uomo, una sua maschera interna ed esterna, quasi una sorta di forma basica di autotutela" (p. 43).

Il capitolo di Andrea Bettetini mira a studiare “il diritto di libertà di coscienza nella prospettiva dell’autotutela”: in questa riflessione si perviene ad un atteggiamento originale, che guarda con sospetto o almeno senza troppo entusiasmo al diffuso fenomeno della legalizzazione dell’obiezione di coscienza con l’effetto distorcente di neutralizzare beni e valori, probabilmente in ossequio ad una prospettiva marcatamente secolaristica. Per questo autore, che in ciò poggia le proprie affermazioni anche sui testi in materia di Lo Castro e D’Agostino, “se la funzionalizzazione della coscienza a un progetto democratico implica una mortificazione della coscienza stessa, questo significa che il suo fondamento e la sua tutela pubblica non possono essere poste solo, ed essenzialmente, nella legge positiva. Ossia, è evidente che la coscienza esprime in pienezza la sua funzione quando trova non nella norma, ma in se stessa la forza di giudicare e, se necessario, resistere alla norma per permettere al soggetto di auto-tutelarsi” (p. 105).

Questa prospettiva teorica apre espressamente alle considerazioni filosofiche che – dopo l’ampio *excursus* nel terreno del diritto positivo secondo le sue varie articolazioni – concludono il volume, a firma di Claudio Tagliapietra. Il giovane giurista passa in rassegna i concetti affini (obiezione di coscienza ed opzione di coscienza, disobbedienza civile, diritto di resistenza, e così via), per soffermarsi poi sul fondamento dell’istituto, con un’accentuazione euristica della dialettica tra autorità e verità. In sostanza, l’autore mostra di prediligere una concezione dell’obiezione di coscienza come resistenza alla legge *per il* diritto: una disobbedienza all’autorità storico-politica che esprime la più profonda, ed al limite eroica obbedienza all’autorità fragile, ma di principio inoltrepassabile, della verità. La seconda parte di questo capitolo procede ad un’analisi delle singole fattispecie di obiezioni di coscienza riconosciute nel nostro ordinamento legale.

Il volume si raccomanda per la sua ampiezza e completezza quanto alla trattazione delle tematiche in qualche modo connesse con gli istituti dell’autotutela, così come presentata nell’introduzione del curatore. Nonostante il taglio prevalentemente pratico e di quando in quando simile a quello di un

Recensioni

vademecum (con ricca messe di riferimenti normativi e giurisprudenziali, nonché amplissima bibliografia conclusiva e caratteristica segmentazione didattica della trattazione), come si conviene a questo tipo di opere tanto più nella collana “Sapere Diritto” diretta da Paolo Cendon, va evidenziato anche il significativo impegno di diversi autori nel rimarcare e talora approfondire la consistenza teorica e filosofica di alcuni dei principali problemi sottesi.

Claudio Sarteia

ABSTRACTS

Ferrando Mantovani

DRUGS: AN EVIL OF LIFE AND FREEDOM

It is necessary to send a ‘strong message’ to subjects prone to drug use and to a badly informed public opinion, so that they are made aware of: 1) the fact that taking drugs is not merely a private-personal fact, but is prejudicial to a multiplicity of collective and public interests; 2) the ideologies that have fostered the development of drug addiction in young people; 3) the devastating effects of such ideologies: drug addiction, personal, family, professional, social failure; a younger and younger market of consumers; lucrative organised crime with growing power in the economic and political worlds; the harmfulness of all drugs: cerebral, psychic, organic, human, criminal, judiciary-prison, health, environmental, existential; 4) the presence of the river of drugs in all social and public sectors and the prospect of an inconceivable ‘society of decerebrated drug addicts’; 5) prevention as the main form of countering drug addiction, by means of socio-cultural control, the unequivocal social disapproval of such phenomenon. It is the substitution of the culture of life and true freedom with the subculture of death.

Monica Lugato

ON SUBSIDIARITY IN INTERNATIONAL LAW

The article offers an assessment of the relevance of the principle of subsidiarity in international law. It argues that its scope is for the moment prominent and empirically observable in the area of human rights, whereas it is embryonic as far as the system of international law as such is concerned. Here a number of references have been made to subsidiarity as an organizing principle of the allocation of authority in international law, in a recent and widening debate.

One first question concerns the notion of subsidiarity. It is submitted that it can be described as an organizing principle of the relationships of the individual with groups and larger societies, and of societies among themselves, requiring that society does not replace the individual in tasks that she can perform for herself and that the larger society – the State, the Church – does not perform activities that the minor ones can accomplish themselves. It is also submitted that the basic concern of the subsidiarity discourse is the individual and her inherent dignity, considered as the building block of the common good. Societies on the contrary are mere instruments for the pursuit of the common good, where the common good cannot be achieved by the individual alone. It is to be noted that the principle of subsidiarity being a legal principle describes those relations – between the individual and society and among societies – in terms of rights and duties: the larger society has a duty to intervene where the action required is out of the reach of the smaller one; the smaller one has the right to act where the action is within its capacity.

In the area of human rights, the thesis that subsidiarity is a structural principle of human rights law is convincing. International human rights law shares with the principle of subsidiarity its founding principle – protection of the human person with her inherent dignity –, and its main objective – her full realization. International human rights law is here in

fact a *subsidiium* to national law: it establishes the common minimum standard and creates supervisory mechanisms designed to operate where State action is not capable of ensuring respect of such agreed standards.

Again, describing the relations between international human rights norms and national ones and between international treaty bodies and national judges in terms of subsidiarity means using a legal concept and therefore the categories of rights and duties: the duty of international organs to provide all necessary assistance to the national authorities so that the recognized individual rights are effective; the duty to abstain for so long as national action is capable of providing the required safeguards; the duty of the State to do all that is in its capacity to grant the agreed upon standard; the right to implement the rules within a margin of appreciation of local conditions.

Within the area of human rights it can reasonably be put forward that the responsibility to protect is a recent expression of a subsidiarity approach, in as much as it reshapes humanitarian intervention to safeguard the relationship between a State and its population. The international intervention (whatever shape/content it may assume) is only justified when the State is unwilling or unable to provide adequate protection to the fundamental rights of its population. At the same time, positive subsidiarity requires that all is made to ensure that each State is assisted in its task to protect its population. The subsidiarity framework can help answering a number of basic questions of the responsibility to protect: right or duty to intervene; actors; underlying objectives; requirements and procedure, that are not apparent yet. The recent Libyan crisis shows how worthwhile further enquiry in the topic is. The general implications of such an approach for the protection of the fundamental interests of the international community also deserve further investigation.

From the “constitutional” point of view, it is a fact that the number of tasks that need a coordinated international action grows, demanding decisions to the larger order. In the face of the concurring competences of the national and inter-

national levels of governance subsidiarity has been referred to as one of the possible guiding principles: the *societas minor* – here the State – being closer to those on whom the decisions will impact should as far as possible be responsible for the implementation of the standards defined by the larger one – here the international society. Under the subsidiarity principle, the said relationship would have to be construed in terms of rights and duties: the larger society has to perform the tasks which are necessary for the common good and cannot be performed by the smaller society (generally speaking establishing common standards, subsidizing/assisting, replacing where inefficiencies of the local level exist); the smaller society, having the means and because of its closeness to context, has to implement them.

It is submitted that the special interest of subsidiarity lies in its capacity to virtuously integrate national and international governance, while preserving the inherent functions of the different bodies involved and providing a remedy to unwillingness or incapacity to provide for the common good. Further developments of international subsidiarity as a structural principle of international law are altogether possible, particularly if it is recognized that international law's centre of gravity is shifting from the State and its sovereignty to the human person and her dignity and if one is prepared to systematically inquire the consequences of such a shift.

Isabella Leoncini

**STATE LAICITY, PLURALISM
AND THE CONSTITUTIONAL RIGHT
TO CONSCIENTIOUS OBJECTION**

In recent literature, even though the constitutional basis of the right to conscientious objection finds a generalised recognition in abstract terms, as the expression of the fundamental right to freedom of conscience, there is no agreement however on the solution to the pivotal problem of the necessity or not for an express legislative provision for its operativeness in concrete terms. According to the author, the right to conscientious objection, in consideration of its constitutional standing, must be able to operate directly also *sine lege*, on an equal footing with any other right decreed by the Constitution, even within the respect of its internal and external limits, respectively inferable by its very essence and marked by the constitutionally sanctioned rights of others. That is since the limitation to only expressly foreseen cases would be resolved in an intolerable discrimination of the minorities, in contrast with the principles of pluralism and laicity. In particular, the general principle seems obtainable from the legal system, according to which the objection can always be opposed should the personal injury, which the objector volunteers to protect by refusing to carry out his juridical duty, be requested by a private subject. On this basis, the cases of the right to objection, which are today the subject of heated debate, regarding the issues of the taking away of mechanical life support and the so-called emergency contraception are positively resolved.

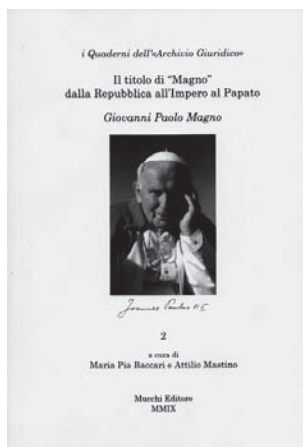
Federico Costantini

GALVÃO DE SOUSA AND POLITICAL REPRESENTATION

This essay proposes an interpretative framework for the book *La rappresentanza politica*, which was written in 1971 by José Pedro Galvão de Sousa and has recently been published in Italian with an introduction by Giovanni Turco. Its Author, by holding on the classical doctrine of Natural Law as a theoretical frame, aims to clarify some key political issues in Galvão de Sousa's thought (human being as individual, society as political community, Rule of Law as Natural Order). In the book, representation is firstly defined in a broad sense, and then its political meaning is analysed in three categories: representation "of power", "in front of power" and "in power"; it is also remarkably focused on the historical evolution of political mandate – from "imperative" to "free" – because of to the rise of Modern Thought. The Author underlines the fallacies of the ideological approach derived from Gnosticism, which corrupted the idea of Power as founded on – and limited by – the Natural Order. This, nevertheless, made possible the replacement of an organic community by the State and the led to the expectable decline into tyranny of the whole political system.

i Quaderni dell'«Archivio Giuridico»

“i Quaderni dell'«Archivio Giuridico»” sono una Collana istituita nella ricorrenza del 140° di fondazione della Rivista modenese, “Archivio Giuridico Filippo Serafini”, la più antica Rivista giuridica italiana fondata da C. Pietro Ellero, nel 1868. Il primo direttore fu il romanista Filippo Serafini, tra gli altri ricordiamo Pietro de Francisci e Vincenzo Arangio Ruiz. La Rivista fu definita “il salotto buono” della nostra cultura giuridica: così si esprimeva Arturo Carlo Jemolo che ne fu a lungo direttore. I primi volumi della Collana sono di contenuti prettamente romanistici, giacché l'Archivio Giuridico – come ha sottolineato recentemente l'attuale direttore Giuseppe Dalla Torre – è nato con l'attenzione rivolta alla grande esperienza giuridica romana ed ha sempre riservato una particolare attenzione agli studi nel campo.



I. Fondamenti del diritto europeo

Il I volume (2009, curato da Maria Pia Baccari) raccoglie alcune lezioni tenute da illustri studiosi nell'ambito dei Seminari di Fondamenti del diritto europeo, presso la Facoltà di Giurisprudenza della Libera Università Maria Ss. Assunta. Come è ben noto – in tempi di globalizzazione, di crisi del monopo-

lio statale nella produzione del diritto, di nascita (o rinascita) di nuove esperienze giuridiche non più legate alla nazione o al territorio (si pensi alla *lex mercatoria*), di mescolanza dei popoli – è necessario recuperare i principi giuridici che la saggezza romana ha posto a base e fondamento del sistema giuridico-religioso romano, per la comunione tra i diversi popoli.

II. *Il titolo di Magno dalla repubblica all'impero al papato*

Il II volume (2010, curato da Attilio Mastino e Maria Pia Bacari) raccoglie una riflessione che ha preso spunto dal titolo di Magno attribuito a S.S. Giovanni Paolo II, nel quadro di una più ampia ricerca svolta dalla Cattedra di Diritto romano della Facoltà di Giurisprudenza della Libera Università Maria Ss. Assunta, finanziata dall'Ateneo, al fine di ricostruire storicamente come l'appellativo di Magno sia stato attribuito nei secoli a Imperatori, a Pontefici e/o Santi.

III. *Chi difende i principi non negoziabili? La voce dei giuristi*

Il terzo volume si divide in due parti: la I contiene lavori sulle *Personæ*, essenzialmente sul *concepto*. In particolare propone un importante inedito del prof. Vassalli, arricchito di un DVD con la registrazione dell'evento tenutosi alla Lumsa nel 2009. La II parte è sulle *Res*, la tutela dell'ambiente, delle acque con, tra gli altri, un contributo del prof. Maddalena.